Die Rechtsbehelfe des Käufers einer gestohlenen Sache

nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ernst Hasebrink

Referendar in Altenessen.

AGAD
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna - Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0018

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Begriff der res furtiva 1

I. Abschnitt: Römisches Recht.

1. Ist ein Kaufvertrag über eine res furtiva gültig? . . . 3
2. Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache im allgemeinen 5
   a) mancipatio 6
   b) duplae stipulatio 9
   c) Eviktionshaftung und Eigentumsverschaffungsprinzip 12
3. Die Haftung des Verkäufers einer res furtiva im besonderen 22
   a) Einfluß der sachenrechtlichen Verhältnisse auf die Haftung des Verkäufers 22
   b) insbesondere der Einfluß der Unersitzbarkeit der res furtivae auf die Haftung des Verkäufers . . . 23
   c) Einfluß des Dolus 27
4. Exceptiones 29
   a) exceptio evictionis imminentis 29
   b) exceptio non adimpleti contractus 30
5. Unmöglichkeit der Erfüllung 30

II. Abschnitt: Bürgerliches Recht.

1. Die Bestimmungen des BGB. über gestohlene Sachen . . 33
2. Ist ein Kaufvertrag über eine gestohlene Sache gültig? . 34
3. Bedeutung des Verschaffungsprinzips 39
4. Die Verweigerung des Kaufpreises 41
5. Die Klage auf Erfüllung 43
6. Verzug 45
7. Unmöglichkeit 47
8. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt . . 57
9. Stellvertretendes Kommodum 59

Literaturverzeichnis.

André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach gemeinem Recht. Leipzig 1890.

Baron, Pandekten. Leipzig 1893.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Bekker im Jahrbuch des gemeinen Rechts. VI. 1863.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kauf. In Jherings Jahrb. Bd. 14. 1874.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 91.

Brinz, Pandekten. 1873.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1903. 4. Aufl.

Crome, Bürgerliches Recht. 1902.

Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 9 S. 149.

Dernburg, Pandekten II. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl. Halle 1905.

Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. 1898, 1899. (Seeler und Burchard.)

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem deutschen Recht. Halle 1874.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (Entw. I.)

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. München 1902.

Girard, Nouvelle revue historique 1882, 1883, 1884.

Hallensleben, Das vitium furti und seine purgatio im römischen Recht. Aachen 1895.

Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Huschke, Recht des nexum. 1846.

Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 325 und 326 BGB. unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Kaufvertrag. Würzburg 1902.

Jhering, Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II. Leipzig 1901.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Kleineidam in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 43. 2. Folge Bd. 7.

Keller, Pandekten. 1861.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1900. 3. Aufl.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1. Abteil.: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion. Halle 1851.

Oertmann, Kommentar zu den Schuldverhältnissen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Halle 1892.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1904.

Puchta, Zivil. Abhandlungen. Berlin 1823. Kleine Schriften. Leipzig 1851.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. 1. Teil. Leipzig 1902.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1902.

Rudorff in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 11.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.

Schöller in Gruchots Beiträgen. Bd. 45 und 46.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Unterholzners ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gem. in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1828.

Voigt, Die XII Tafeln. Leipzig 1883.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. von Kipp. Frankfurt 1900.

Ziebarth, Realexekution und Obligation. 1866.

Begriff der res furtiva.

Die römischen Quellen definieren den Begriff des furtum folgendermaßen: furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. Ulpian l. 1 § 3, D. de furt. 47, 2.

Nach dieser Bestimmung ist der Begriff des furtum bedeutend weiter, als der des Diebstahls im modernen Strafrecht, den dieses als wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus fremdem Gewahrsam in Aneigungsabsicht charakterisiert. Demgegenüber verlangt das römische Recht an Begriffsmerkmalen:

1. contrectatio, d. h. keine Wegnahme, sondern ein bloßes Sichvergreifen an einer beweglichen körperlichen Sache,
2. Bereicherungsabsicht,
3. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit,
4. Verletzung eines fremden Rechtes.

Es gehören demnach nach römischem Recht zu den res furtivae die widerrechtlich angeeigneten, gefundenen Sachen, l. 9 § 8, l. 31, § 1, l. 44 D. de acqu. rer. dom., unterschlagene Sachen, d. h. solche, die sich zur Zeit der widerrechtlichen Aneignung bereits im Besitz des Täters befanden. l. 77 pr. de furt. l. 29, pr. D. dep. 16, 3; l. 3 § 18 D. de poss. 41, 2 u. a. Ferner gehören zu den res furtivae solche Sachen, welche in bewußt rechtswidriger Absicht veräußert werden, sei es,

daß es fremde Sachen sind, I. de usuc. 2,6. l. 78, dig de sol. 46,3, sei es, daß es sich um eine verpfändete Sache handelt. l. 19 § 6 D. 47,2: furtum rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit quo non possidebat, ut puta, si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat.

Bestritten ist, ob dann ein furtum vorliegt, wenn jemand wissentlich ein indebitum annimmt.

Da wir nur die res furtivae behandeln wollen, so kann das furtum possessionis und das furtum usus nicht in Betracht kommen. Denn durch diese Delikte wird nicht die Sache selbst, sondern der Besitz der Sache, der Gebrauch der Sache furtiv. Bei dem deutschen Ausdruck „gestohlene Sachen“ müssen wir zunächst den schon erwähnten strafrechtlichen Diebstahlsbegriff zugrunde legen. Aber wir brauchen dabei nicht stehen zu bleiben. Da, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von gestohlenen Sachen spricht (§ 935), meint es prinzipiell den strafrechtlichen Diebstahl, stellt aber den durch diesen erlangten Sachen diejenigen gleich, welche verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind. Damit kommen wir der römischen Auffassung, wie leicht einzusehen, sehr nahe. Wir wollen bei Behandlung unseres Themas den Begriff „gestohlene Sachen“ für das Bürgerliche Gesetzbuch auch auf die im § 935 erwähnten Sachen ausdehnen.

Haben wir uns so den Begriff der res furtivae klar gemacht, so soll nun untersucht werden, wie ein Kaufvertrag über gestohlene Sachen behandelt wird, insbesondere welche Rechtsbehelfe dem Käufer einer gestohlenen Sache gewährt sind.

I. Abschnitt.

Römisches Recht.

1. Ist ein Kaufvertrag über eine res furtiva gültig?

Die erste Frage, die sich uns entgegenstellt, ist die, inwieweit das römische Recht der Tatsache, daß die res furtivae ihre Qualität als gestohlene Sachen einem rechtswidrigen Eingriff in die allgemeine Rechtsordnung, einem Delikt, verdanken, Einfluß gewährt auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften über derartige Sachen.

Daß der Verkauf einer fremden Sache überhaupt gültig ist, steht außer Zweifel. l. 28 D. 18, 1: rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est. Dies ergibt sich ferner aus der ganzen Lehre von der Eviktion; denn Voraussetzung für die Erhebung von Gewährleistungsansprüchen ist das Vorhandensein eines gültigen Vertrags.

Das römische Recht hat jedoch beim Kaufvertrage über gestohlene Sachen besondere Grundsätze aufgestellt und es hat diese Grundsätze wiederum dahin differenziert, ob eine oder beide Vertragsparteien von der Furtivität der Sache Kenntnis hatten. Es hat dabei nicht jeden Kaufvertrag über res furtivae als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen. Nur wenn beide Parteien wissen, daß die Kaufsache eine res furtiva ist, soll der Vertrag nichtig sein; denn dann ver-

muteten die Römer stets eine dolose Absicht. Vgl. l. 11 § 18, 19, 1: Qui sciens alienum vendidit, dolo non, caret. l. 34 § 1 D. 18, 1: omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Si et emtor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur.

Weiß der Verkäufer allein, daß er eine gestohlene Sache verkauft, so soll der Vertrag für beide Teile bindend sein. Si venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur (eod. § 2). Eine Besonderheit zeigt sich dann, wenn der Käufer allein Kenntnis von der Furtivität der Sache hatte. Si emtor scit, rem furtivam esse, non obligabitur venditor. l. 34 § 3 D. 18, 1. Es soll also wohl der Käufer nicht aber der Verkäufer an den Vertrag gebunden sein. Der gegenseitige Vertrag ist also nicht vollständig zustande gekommen. Da nur der Verkäufer gebunden ist, so hat der Verkäufer das Recht, nach freiem Gutdünken seine Rechte aus dem Kaufvertrage geltend zu machen, oder nicht, und der Käufer muß sich diesem Gutdünken unterwerfen.[1]) Den Kaufvertrag nennt das römische Recht in dieser Gestaltung ein negotium claudicaus. Über das negotium claudicans vgl. Baron a. a. O. S. 376 ff.

Darnach ist mit jener einer Ausnahme (S. 3 u. 4 f.) der Kaufvertrag über res furtivae stets rechtsgültig.

Es ist in der Literatur des römischen und gemeinen Rechts die Frage aufgeworfen worden, ob der Irrtum des Verkäufers über sein Eigentum am Kaufobjekt ein rechtlich erheblicher Irrtum sei und dadurch der ganze Kaufvertrag nichtig würde. Wenn auch manche Schriftsteller die Ansicht verteidigt haben, daß ein Irrtum über das Eigentum als rechtlich

---

[1]) Baron S. 376.

erheblich anzusehen sei, so braucht man nur daran zu denken, daß die Römer einen Kaufvertrag über eine fremde Sache gerade bei Nichtkenntnis der Parteien ausdrücklich für rechtsverbindlich erklären, braucht sich bloß vorzustellen, welche verderblichen Folgen eine solche Lehre für den Verkehr haben würde, daß die Haftung des Verkäufers für Eviktion einfach aufhören würde, daß nur der dolose Verkäufer haftbar gemacht werden könnte, — und man wird zu der Überzeugung gelangen, daß bei dem heutigen Stande der Lehre des römischen Rechtes vom Irrtum eine nähere Darlegung der Unbegründetheit jener Ansicht sich erübrigt.[1])

2. Die Haftung des Verkäufers einer res furtiva im römischen Recht.

Gemeinschaftlich ist allen Arten von res furtivae, daß sie Sachen sind, die aus der Gewalt des Eigentümers gekommen sind; sie haben diese Eigenschaft gemeinsam mit solchen Sachen, die der Eigentümer freiwillig aus der Hand gegeben hat. Die res furtivae sind daher der großen Kategorie der fremden Sachen zunächst einzureihen. Nach den Grundsätzen, welche überhaupt beim Verkaufe fremder Sachen Anwendung finden, wird also in erster Linie auch der Verkauf der res furtivae behandelt, und es ist demnach natürlich, daß wir diese Grundsätze einer Erörterung zu unterziehen haben werden und daß diese Erörterung bei der großen Wichtigkeit einen großen Raum unserer Arbeit einnehmen muß. Aus der großen wirtschaftlichen Bedeutung des Kaufes erklärt es sich, daß

[1]) vgl. dazu Kohler, Ges. Abh. Irrtum über Recht und Irrtum über Tatsache S. 446 ff.

die Römer ihn als typisches Rechtsinstitut ausgebildet haben und daß an dem Kauf spezifische Neubildungen z. B. die Rechtsmittel des ädilizischen Edikts entwickelt und auf andere Rechtsinstitute z. B. Miete übertragen worden sind. Und doch muß man sagen, daß das römische Recht über die Frage, wie und inwieweit der Verkäufer für Mängel im Rechte haftet, weder in seinen Quellen noch in seiner späteren gemeinrechtlichen Ausbildung einen solchen klaren Aufschluß gegeben hat, daß sich nicht darüber große Streitfragen von prinzipieller Bedeutung erhoben hätten.

Um nun die römischen Grundsätze über die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht, den Ursprung dieser Haftung zu erkennen und zu verstehen, ist es zunächst nötig, die Bildungsstufen, die dieser Begriff im römischen Recht durchlaufen hat, zu erforschen.[1])

Die ursprüngliche und älteste Form des Kaufes ist im römischen Recht die mancipatio.[2]) Sie ist ein unter Beobachtung genau vorgeschriebener feierlicher Formen vollzogener Akt, der darin besteht, daß dem Verkäufer ungemünztes Kupfermetall (aes, raudus, rauducsculum) zugewogen wird und der Käufer die Kaufsache ergreift, wobei er sie als sein nunmehriges Eigentum bezeichnet. Mit dieser Ergreifung geht das Eigentum an der Kaufsache unmittelbar

---

[1]) Wir wollen nicht verfehlen, schon hier auf die äußerst wichtige Darstellung der röm. Entwickelung und Würdigung der auf dem Gebiete tätig gewesenen Juristen aufmerksam zu machen, die uns neuerdings Rabel bietet: „Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte“ Leipzig 1902, 1. Teil „Geschichtl. Stud. über den Haftungserfolg.“ Vgl. ferner Girard a. a. O.

[2]) Gaius, Inst. 1 § 119; Bechmann a. a. O. S. 68; Pernice, Marc. Ant. Lab.; Eck a. a. O. S. 2.

auf den Käufer über. Die Manzipation stellt sich also dar als eine Form der direkten Eigentumsübertragung, die deshalb nicht allein zum Zwecke der käuflichen Übertragung einer Sache gebraucht werden, sondern auch, was besonders später geschah, andern Rechtsgeschäften dienlich sein konnte. Aber in den zwölf Tafeln war sie jedenfalls als Kauf aufgefaßt. Bei einem solchen Bar- oder Realkauf (Bechmann) konnte nun von obligatorischen Rechten auf Lieferung der Sache oder Zahlung des Kaufpreises begrifflich keine Rede sein. Das schloß aber nicht aus, daß dem Verkäufer nach Abschluß der mancipatio eine Haftung oblag. Der Käufer erwarb aber nicht durch die Tatsache allein, daß er infolge fehlenden Eigentums auf seiten des Verkäufers nicht Eigentümer der Sache geworden war, einen Anspruch gegen den Verkäufer, sondern erst dann, wenn ihm das Kaufobjekt durch den im Prozeß obsiegenden Vindikanten entzogen oder er mit seiner rei vindicatio gegen einen Dritten wegen des besseren Rechtes desselben abgewiesen wurde (l. 16 § 1 D. de evict. 21, 2).

Die Klage, die in den Quellen nicht näher bezeichnet ist, nannte man wohl mit Rücksicht darauf, daß der Manzipant als auctor galt, actio auctoritatis. Vgl. Paul. sent. rec. II, 17 § 1: venditoris si eius rei quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius und ferner: l. 76 de evict. et stip. 21, 2: si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione. Die actio auctoritatis hatte zur Grundlage „eine seitens des Verkäufers zu leistende Garantie, die in dem prozessualen Schutze des Käufers bestand“.[1]) Be-

[1]) Rabel a. a. O. S. 7.

stritten ist, ob diese Haftung des Verkäufers unmittelbar und kraft rechtens der mancipatio erwuchs oder erst durch eine besondere nuncupatio begründet werden mußte. Diese letztere Ansicht stützt sich hauptsächlich auf Cicero de Off. III 16, 65, der hier sagt: ea praestari, quae essent lingua nuncupata, und wird vertreten von Rudorff,[1]) Karlowa[2]) und Eck.[3]) Dem stehen aber die Aussprüche des Plautus Persa IV 3, 57, 4, 40 gegenüber, aus denen hervorgeht, daß die Verbindlichkeit des Verkäufers als unmittelbar aus der mancipatio entspringend angesehen wurde. Nachdem ferner erst kürzlich Rabel[4]) im Anschluß an Girard[5]) überzeugend dargelegt hat, daß der Ursprung der Haftung des Verkäufers nicht in einer selbständigen, der mancipatio hinzugefügten Erklärung liegt, sondern „die Wurzel dieses Instituts im Baue des alten Rechtsganges ruht“[6]) und der Rechtsgrund der Haftung das Delikt sei, hat die Streitfrage wohl im Sinne der letzteren Ansicht ihre Erledigung gefunden.[7])

Mit der actio auctoritatis konnte der Käufer vom Manzipanten den doppelten Kaufpreis fordern. Das römische Recht ist in diesem Stadium noch starr und formell, die mancipatio ein beschränktes und schwerfälliges Rechtsgeschäft.

---

[1]) Zeitsch. f. Rechtsg. XI S. 88, 94.

[2]) Röm. Zivilpr. S. 75 und neuerdings derselbe in seiner röm. Rechtsg. II S. 373 ff.

[3]) a. a. O.

[4]) a. a. O. S. 5 ff.

[5]) vgl. auch Jhering, Schuldmoment S. 8 ff. und Girard, Nouvelle revue 1882 Nr. 2 S. 215.

[6]) Rabel a. a. O. S. 11.

[7]) vgl. dazu Huschke a. a. O. S. 171; Bechmann a. a. O. S. 97 ff., 158 ff., S. 205; Pernice III 1 S. 115 Anm. 3; Müller a. a. O. S. 15.

Die obligatorische Verpflichtung ging auf eine willkürlich festgesetzte Leistung. Mochte der Verkäufer dolos gehandelt haben, indem er entweder wissentlich eine fremde, insbesondere eine gestohlene Sache verkauft hatte, mochte er sie im guten Glauben verkauft haben, das machte für seine Haftung aus der actio auctoritatis keinen Unterschied.

Es wurde in Rom üblich, die aus der mancipatio entspringende Haftung des Verkäufers noch zu erhöhen durch die satisdatio secundum mancipium und die repromissio secundum mancipium. Dies geschah in der Weise, daß außer der mancipatio noch eine besondere Stipulation abgeschlossen wurde, auf Grund deren sponsores und fideipromissores in das Rechtsverhältnis eintraten. Aber die Äußerungen der Quellen über diese Institute sind sehr dürftig, und ich verweise deshalb auf die auf diesem Gebiete tätig gewesenen Schriftsteller.[1])

Die mancipatio war ein Rechtsgeschäft, das den römischen cives streng vorbehalten war und das ferner nur dann zur Anwendung kommen konnte, wenn ganz gewisse, vom Gesetz bestimmte Sachen, die res mancipi Gegenstand des Kaufes sein sollten. Für den Verkehr zwischen Peregrinen untereinander oder zwischen Peregrinen und Römern und für den Umsatz von res nec mancipi konnte sie nicht benutzt werden. Vielmehr vollzog sich hier das Kaufgeschäft formlos, durch bloße Tradition. Jedoch auch in diesem Stadium der Entwickelung blieb der Kauf ein unmittelbarer Austausch von Kaufsache und Kaufpreis, wie die mancipatio, nur ohne die mit dieser verbundenen strengen Förmlichkeiten.[2]) Mit der

[1]) Bechmann I S. 368 f.; Voigt a. a. O. II S. 91; Eck a. a. O. S. 11 u. 12.

[2]) Bechmann I S. 303.

mancipatio selbst blieb den Peregrinen und den Römern beim Verkauf von res nec mancipi auch die actio auctoritatis versagt. Sollte eine Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen rechtlicher Mängel begründet werden, so geschah dies durch eine besondere stipulatio pro evictione, auf Grund deren der Käufer bei Entwehrung der Sache durch einen Dritten Entschädigungsansprüche gegen den Verkäufer geltend machen konnte. Also auch bei dieser Art des Kaufes keine unmittelbaren obligatorischen Rechte und Verpflichtungen.

Den gesteigerten Bedürfnissen des Verkehrs im wachsenden Rom genügten bald die engherzigen Institute des alten Zivilrechts nicht mehr. Die freieren und biegsameren Prinzipien des ius gentium drängten die Bedeutung der mancipatio mehr und mehr in den Hintergrund und gewannen allmählich allgemeine Geltung und Aufnahme. Der Kauf als Konsensualkontrakt wurde das wichtigste Verkehrsgeschäft. Die formlose Vereinbarung zwischen den Parteien schafft von nun an klagbare Rechte und Verbindlichkeiten. Nachdem schon früher der Barkauf durch den Kreditkauf zurückgedrängt worden war, löste sich beim Konsensualkontrakte die körperliche Übergabe der Kaufsache von der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, dem Vertrage. Die Übergabe der Sache stellt sich dar als die Vollziehung des Kaufvertrags. Erst jetzt kann man also von obligatorischen Rechten und Ansprüchen reden, die zum Ziel haben die Vollziehung und Erfüllung des im formlosen Vertrage abgegebenen Versprechens. Zur Durchführung jener Rechte diente dem Käufer die aus dem Vertrage entspringende actio emti.

Das römische Recht gab in seiner ursprünglichsten Gestaltung des konsensualen Kaufvertrags dem Käufer nur den

Anspruch auf Übergabe der Kaufsache.[1]) War die Tradition der Sache durch den Verkäufer vollzogen, so hatte der Kaufkontrakt seine definitive Erledigung gefunden. Der Möglichkeit, daß die Kaufsache mit Rechten Dritter belastet sein oder gar vollständig im Eigentum eines Dritten stehen konnte, trug das römische Recht in diesem Stadium der Entwicklung keine Rechnung. Wollte der Käufer sich eine Entschädigung sichern für den Fall, daß er später in dem Besitze der Kaufsache durch den Eingriff eines besserberechtigten Dritten beeinträchtigt wurde, so war ihm nur der Weg gegeben, den Verkäufer zum Abschluß einer besonderen Stipulation zu bewegen, durch welche dieser die Verpflichtung übernahm, für den ungestörten Besitz des Käufers einzustehen und im Falle der Eviktion Gewähr zu leisten.[2]) Der Abschluß einer solchen stipulatio pro evictione wurde zur ständigen Regel. Als aber im römischen Recht das Prinzip der aequitas sich Bahn brach und die bona fides die Norm wurde, nach der der Kaufvertrag zu beurteilen war, kam man dazu, die Haftung des Verkäufers wegen Eviktion, die man sich gewohnheitsmäßig ausdrücklich ausbedungen hatte, als etwas selbstverständliches, aus dem Kaufvertrag unmittelbar entspringendes anzusehen.[3]) Eines besonderen Garantieversprechens bedurfte es nicht mehr; ein solches liegt schon im Kaufvertrage selbst, und es wird im Falle der Eviktion geltend gemacht mit der gewöhnlichen Kaufklage, der actio emti.[4]) l. 31 § 20 D. 211: Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse,

---

[1]) Eck a. a. O. S. 23; Bernhöft a. a. O. S. 165/66.

[2]) Brinz II. S. 734.

[3]) Rabel a. a. O. S. 75 ff.; Kohler a. a. O. S. 247 ff.; l. 11 § 8. 19,1.

[4]) Bechmann I S. 666 f.; Pernice II S. 90 u. 91.

si duplam venditor mancipio non caveat, ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire. Die Stipulation war nun allerdings keine notwendige Voraussetzung für die Begründung der Haftung des Verkäufers, aber der Käufer konnte den Verkäufer jetzt mit der actio emti zum Abschluß der Stipulation zwingen.[1]) Diese bot ihm als negotium stricti iuris ein Mittel, den Gewährleistungsanspruch schleunig und leicht durchzuführen; sie gab ihm die Möglichkeit, sich von vornherein eine bestimmte Summe auszubedingen, gewöhnlich das Doppelte des Kaufpreises (stipulatio duplae). Diese Vorzüge machten die Stipulation für den Käufer besonders bedeutungsvoll, zumal wenn er Ansprüche Dritter befürchten mußte, weil der Verkäufer nicht Eigentümer der Kaufsache war. Besonders war sie üblich bei res pretiosiores.[2])

Im römischen Recht hat sonach der Käufer aus dem Kaufkontrakt den Anspruch auf Tradition und daneben ein Garantieversprechen, das ohne weiteres dem Kontrakt entspringt, aber auch in Stipulationsform gekleidet und gefordert werden kann. Kohler[3]) kennzeichnet die Verpflichtung des Verkäufers so: Er hat eine primäre Leistungs- und eine eventuelle Garantiepflicht. Behalten wir diese Unterscheidung im Auge, so werden wir leichter zu einer Erkenntnis der wirklichen Gestaltung gelangen, die das römische Recht in der ihm eigentümlichen, unserem Empfinden fremden Weise dem Kaufrecht hat angedeihen lassen.

Bis in die neueste Zeit ist es die herrschende Meinung der gemeinrechtlichen Schriftsteller gewesen, daß die Leistungspflicht lediglich darin bestanden habe, den Käufer in den

[1]) Dernburg, Pand. II S. 270; Kohler a. a. O. S. 244/45.

[2]) Kohler a. a. O. S. 247; Dernburg, Pand. II S. 270.

[3]) a. a. O. S. 236; Bechmann a. a. O. I S. 361.

Besitz der Kaufsache zu setzen, eine „Summe rein faktischer Vorteile“ [1]) auf ihn zu übertragen.[2]) Man hat sogar erklärt, der Kauf habe überhaupt den Zweck gehabt, lediglich tatsächliche Vorteile dem Käufer zu verschaffen. Das römische Recht hat allerdings den Charakter des Kaufes als eines auf Eigentumserwerb gerichteten Geschäftes nicht entfernt in dem Maße betont, wie unser heutiges Recht. Aber auch die Römer sind sich bewußt gewesen, daß die Absicht des Käufers dahin geht, Eigentum an der Kaufsache zu bekommen. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat (l. 80 § 3 D. 18, 1). Eck und ihm folgend Bechmann haben dieses nachgewiesen und ferner dargetan, daß diesem Zweck des Kaufgeschäftes als eines auf Eigentumsübertragung gerichteten Geschäfts entsprechend der Käufer nicht nur das faktische, sondern auch das rechtliche Haben der Kaufsache verlangen kann. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der Verkäufer verpflichtet ist, unmittelbar Eigentum auf den Käufer zu übertragen, wie man aus der Ausdrucksweise Ecks, der ständig redet von einer „Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums“ schließen könnte. Es hat den Römern fern gelegen, den Verkäufer zu verpflichten, die Kaufsache zum Zweck der Eigentumsübertragung sich zu beschaffen, oder auf den Eigentümer einzuwirken, sie herauszugeben und das Eigentum zu übertragen, oder Rechte Dritter zu beseitigen. Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit (l. 25 § 1 D. 18, 1). Das wäre das Verschaffungsprinzip des Bürger-

---

[1]) Bekker a. a. O. S. 284; Bernhöft a. a. O. S. 81.

[2]) Kohler a. a. O. S. 236.

lichen Gesetzbuches. Die von Eck[1]) angeführte Stelle, auf die er sich vornehmlich stützt: si id quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet (Gai. IV 131 a, Paul. I 13 a § 4), beweist soviel, daß der Verkäufer verpflichtet ist, die gesetzlichen Eigentumsübertragungshandlungen vorzunehmen, Tradition und Manzipation[2]) und zurzeit des gemeinen Rechts die partikularrechtlich etwa vorgeschriebenen besonderen Formen.[3]) Der Käufer braucht sich nicht mit der bloßen Besitzübertragung zu begnügen, er kann vom Verkäufer die Vornahme des dinglichen Vertrages mit dem animus dominii transferendi verlangen.[4]) Wir können mit Bechmann[5]) und Kohler[6]) die Rechte des Käufers dahin bestimmen, daß er vom Verkäufer verlangen kann, alles zu tun, „soweit die Kräfte seines subjektiven Vermögens ausreichen,“[7]) um den Käufer zum Eigentümer der Kaufsache zu machen, und wenn er nachträglich dazu fähig wird, die Vornahme der erforderlichen Akte nachzuholen.[8]) Ob der gewollte Erfolg der Eigentumsübertragung damit wirklich eintritt, ist zunächst gleichgültig, und hängt davon ab, ob der Verkäufer in den rechtlichen Beziehungen zur Sache stand, von denen die rechtswirksame Vornahme

---

[1]) a. a. O. S. 25 ff.

[2]) Degenkolb a. a. O. S. 149.

[3]) Baron a. a. O. S. 592.

[4]) Kohler a. a. O. S. 236/37.

[5]) a. a. O. S. 546/47.

[6]) a. a. O. S. 236/37.

[7]) Kohler S. 239.

[8]) vgl. dazu auch l. 46 de act. emt. vend.: si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei extiterit, cogetur implere venditionem; vgl. dazu auch Rabel a. a. O. S. 89 ff.

der Übertragungshandlungen abhängig ist. Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit, venditor facit et emtorem dominum.[1]) Mehr hat Eck auch selbst nicht aus den zahlreichen von ihm angeführten Stellen entnehmen wollen.[2])

Zu trennen von dieser Leistungspflicht ist die Garantiepflicht des Verkäufers. Was diese Garantiepflicht umfaßt, geht zunächst aus folgenden Stellen hervor: l. 30 § 1 D. 19,1: venditor hactenus tenetur, ut emtori habere liceat, non ut rem emtoris faciat; l. 1 pr. D. 19, 4: venditori sufficit ob evictionem se obligare. Darnach hat also der Verkäufer lediglich dafür einzustehen, daß der Käufer im Besitz der Kaufsache bleibt, und ein Anspruch aus der dem Verkäufer obliegenden Garantiepflicht entspringt für den Käufer erst im Falle der Eviktion. Diese ist aber nicht schon mit der Besitzentziehung allein gegeben. Erst dann kann der Käufer seine Ansprüche geltend machen, wenn ihm infolge der mangelnden Rechtsverschaffung der Besitz entzogen ist. Für das ältere Recht ist zweifellos, daß Entziehung der Sache infolge rechtskräftigen Urteils Voraussetzung des Eviktionsanspruches war.[3]) Es mußte also ein Prozeß stattgefunden haben, in dem dem Käufer entweder die Sache infolge besseren Rechts des Evinzenten von diesem abgestritten worden war, oder aber in dem der klagende Käufer mit seinem Anspruch gegen den Dritten unterlegen war.[4]) Der Prozeß mußte vom Käufer ordentlich geführt worden sein, ein leichtfertiges Prozessieren machte ihn seiner Regreßansprüche verlustig; er mußte Sorg-

[1]) l. 11 § 2 D. 19, 1.

[2]) Eck a. a. O. S. 43; ebenso Bechmann S. 546.

[3]) Dernburg, Pand. II S. 268.

[4]) vgl. dazu l. 21 § 2 D. 21, 2 Paulus sent. rec. II, 17 § 1.

falt anwenden bei der Auswahl seiner Prozeßvertreter, er mußte die Klage erheben, mit der er am besten durchzudringen vermochte,[1]) und durfte es nicht unterlassen, die erforderlichen Rechtsmittel einzulegen.[2]) Unter Umständen war der Käufer, um seine Ansprüche zu erhalten, noch verpflichtet, dem Verkäufer durch Litisdenuntiation Gelegenheit zu geben, seinen Vorteil zu wahren.[3]) Das bloße Hervortreten fremder Rechte gab dem Käufer also noch keinen Anspruch auf Schadloshaltung, denn solange diese Rechte nicht geltend gemacht waren, war der Käufer regelmäßig in der Lage, als bloßer Besitzer mit der Sache zu verfahren wie der Eigentümer.

Von seinem m. E. richtigen Standpunkte, daß im römischen Recht die Leistungspflicht des Verkäufers auf Gewährung des Eigentums in dem oben dargelegten beschränkten Sinne geht, will Eck nun ferner dartun, daß sich auch die Garantiepflicht des Verkäufers zu einer Haftung für die Gewährung des Eigentums ausgebildet habe. In diesem Falle würde der Verkäufer auch unter Umständen schon vor erfolgter Eviktion, ja schon vor erfolgter Tradition in Anspruch genommen werden können, wenn sich z. B. nach Abschluß des Vertrags ergäbe, daß der Käufer aus Gründen, die beim Verkäufer liegen, niemals Eigentümer der Kaufsache werden könnte. An der Hand einer Reihe von Quellenstellen sucht Eck diese gesteigerte Haftung des Verkäufers zu begründen. Es ist

---

[1]) l. 39 § 1, l. 66 pr. D. 21, 2.

[2]) l. 63 § 1 D. 21, 2. Für das Nähere über die Eviktion, insbesondere für die Frage, ob im gemeinen Recht auch unter allen Umständen Klageerhebung erforderlich war, s. Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion.

[3]) vgl. darüber Rabel a. a. O. S. 75 ff. und Windscheid, Pand. § 391.

nicht zu leugnen, daß in mehreren dieser Stellen das römische Recht über die Haftung des Verkäufers nur für habere licere hinausgegangen ist und auch ohne Eviktion Entschädigungsansprüche gegeben hat, bloß deshalb, weil Eigentum nicht übertragen war. Eine solche Überschreitung des Eviktionsprinzips liegt unzweifelhaft vor in dem in der l. 24 D. 21, 2 erwähnten Falle, daß eine Frau den von ihr gekauften Sklaven ihrem Manne zur dos gibt und dieser sich als Eigentümer des Sklaven herausstellt. Hier kann die Frau mit der actio emti gegen den Verkäufer klagen, obwohl doch zweifellos eine Eviktion nicht stattgefunden hat. Kohler[1]) will auch hier Eviktion annehmen. Aber so sehr ist der Begriff der Eviktion nie erweitert worden; forderte man doch im gemeinen Recht noch richterliches Urteil. Gegen Kohler spricht die angezogene Stelle selbst, in der Afrikanus scharf betont, daß der Käufer, obwohl zweifellos nicht evinziert sei, ex emto tamen contra venditorem habet actionem. Es gehört hierhin ferner die bekannte l. 30 § 1 D. 19, 1, in der dem Käufer dem dolosen Verkäufer gegenüber sofortige Entschädigungsansprüche gegeben werden.[2]) Auch schon vor Eck leugnete keiner, daß hier eine Ausnahme vom Eviktionsprinzip stattgefunden hat. Aber was ist natürlicher bei den Römern, die geneigt waren, der bona fides möglichst weite Geltung zu verschaffen, als daß sie den dolosen Verkäufer stärker haften ließen, daß sie dann die Eviktion nicht abwarten zu dürfen glaubten und der dolus des Verkäufers allein für sich, wie in so vielen anderen Fällen, die Haftung begründete? Wenn ferner[3]) nach l. 35 § 4 D. 18, 1 der Käufer dann, wenn

[1]) a. a. O. S. 248.

[2]) vgl. u. S. 28.

[3]) Eck a. a. O. S. 31.

die Sache ohne Verschulden des Verkäufers abhanden gekommen ist, und dieser keine rei vindicatio abtreten kann, weil er nicht Eigentümer war, das Interesse verlangen kann, das er an der Gewährung des Eigentums gehabt hätte, so ist auch dies wohl kaum mit dem Eviktionsprinzip zu vereinbaren. Eine große Rolle spielt in der Literatur der Fall, daß der Käufer, der vom Nichteigentümer erwirbt, das Eigentum des Dritten an sich bringt, sei es entgeltlich oder ex lucrativa causa (Erbschaft, Vermächtnis, Schenkung). Es wird in diesem Falle unter Anwendung der römischen Grundsätze von der Singular- bezw. Universalsuccession der Käufer Eviktions-Berechtigter und Verpflichteter in einer Person. Im übrigen sind dann alle Voraussetzungen der Eviktion als gegeben zu betrachten, nur daß die Eviktion selbst nicht stattfinden kann, weil der Käufer nicht gegen sich selbst als Evinzent auftreten kann. Soll nun deshalb, weil die Eviktion, die gewissermaßen als äußerer Anlaß zur Begründung der Interesseforderung aufzufassen ist, unmöglich ist, auch der Eviktionsanspruch dem Käufer entgehen? Das würde zum wenigsten nicht der Billigkeit und dem gesunden Rechtsgefühl der Römer entsprochen haben. Rabel[1]) führt über diesen Fall, indem er von der Fortbildung der actio emti spricht, folgendes aus:

Im Falle lukrativen Erwerbs sprechen dem Käufer Julian und Paulus[2]) die exceptio gegen die Kaufpreisforderung und die actio emti ad pretium recuperandam zu, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset.[3]) Diese lex stellt den anderweitigen Erwerb der Eviktion gleich. Damit

[1]) a. a. O. S. 78.

[2]) Julian D. 30, 84, 5; Paulus, sent. II, 17, 8.

[3]) l. 84, 5.

ist die Konstruktion von der Hand gewiesen, daß der Kauf, wenn er dem Eigentumserwerb vorauf ging, ungültig werde, weil die Leistung ohne Verschulden des Verkäufers unmöglich ward. Da man nun aber nur sagen kann, daß die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers durch den nachträglichen Erwerb unmöglich wird, wenn man seine Verpflichtung als Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung auffaßt, so ist damit die Annahme, daß der Verkäufer nach römischem Recht zur Eigentumsverschaffung verbunden sei, ausgeschlossen.[1])

Wir sehen im vorigen eine Reihe Fälle, in denen das sogenannte Eviktionsprinzip verlassen ist, und die bloße Tatsache, daß dem Käufer kein Eigentum an der Kaufsache verschafft ist, Entschädigungsansprüche begründet.

Eck zieht daraus die Schlußfolgerung, daß der Verkäufer außer der Eviktionsleistung in den Fällen, wo durch die Nichtverschaffung des Eigentums sein Interesse verletzt ist, ohne weiteres Ersatz dieses letzteren vom Verkäufer verlangen kann. Daß dies gegenüber der früheren gemeinrechtlichen Auffassung eine bedeutende Erweiterung der Rechte des Käufers ist, liegt auf der Hand.

Können wir jedoch ohne Bedenken Eck soweit folgen? Können wir auf Grund der wenigen von Eck angeführten Fälle auf eine so außerordentliche Ausdehnung der Rechte des Käufers schließen?

Jene Ausnahmen vom Eviktionsprinzip lassen sich wohl aus der Natur und Besonderheit des einzelnen Falles rechtfertigen, dürfen und können aber nicht zur prinzipiellen Begründung einer gesteigerten Haftung des Verkäufers geltend gemacht werden. Für das römische Recht darf aus jenen

---

[1]) vgl. Kohler S. 244ff. u. Eck S. 29ff.

Ausnahmen nicht auf ein Prinzip geschlossen werden. Vor allem ist durch die Ausführungen Ecks in keiner Weise der Nachweis geführt, daß das bloße Hervortreten fremder Rechte den Käufer schon zu Entschädigungsansprüchen berechtigt. Nach der Eckschen Ansicht würde der Käufer z. B. in dem Falle, daß er vor der Übergabe der Kaufsache erfährt, daß diese eine gestohlene ist, sofort sein Interesse verlangen können. Denn da gestohlene Sachen nicht ersessen werden können,[1]) und dem Käufer die Möglichkeit, je Eigentümer der Sache zu werden, fast versagt ist, so ist zweifellos sein Interesse beträchtlich verletzt. Dasselbe würde der Fall sein, wenn der Käufer vor der Übergabe erfährt, daß die Sache überhaupt eine fremde ist; denn dann ist die zur Ersitzung erforderliche bona fides nicht mehr vorhanden, für das gemeine Recht auch dann, wenn er die Kenntnis des fremden Rechts erst später erlangt. (Mala fides superveniens nocet).

Daran haben die Römer nicht gedacht. Im Prinzip haben sie mit aller Strenge an der Eviktionshaftung festgehalten. Daß aber in Rom eine Tendenz bestanden hat, die Verpflichtung des Verkäufers als eine Verpflichtung zur Gewährung des Eigentums aufzufassen, läßt sich nach den Ausführungen Ecks nicht mehr leugnen, aber es dürfte nicht richtig sein, aus dieser Tendenz einen Rechtssatz zu machen, der schon im römischen Recht allgemeine Geltung gehabt hätte. Wohl geht aus der Tatsache, daß das römische Recht in einzelnen Fällen lediglich aus dem Grunde, weil kein Eigentum verschafft ist, Entschädigungsansprüche begründet, hervor, daß auch in Rom die Absicht der Parteien beim Kaufvertrag darauf gerichtet ist, Eigentum zu erlangen und zu übertragen, daß der Kauf

---

[1]) vgl. S. 23.

also ein Übereignungsgeschäft und kein bloßes Besitzübertragungsgeschäft ist, wie es ja auch seiner wirtschaftlichen Bestimmung entspricht. Nemo potest videri, eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat.

Man wird Eck und Dernburg[1]) Recht geben müssen, die im römischen Kaufrecht liegende Tendenz in der von ihnen angedeuteten Weise für das gemeine Recht, dessen umgestalteten Verhältnissen das römische Kaufrecht in vielen Beziehungen nicht mehr gerecht wurde, auszunutzen.[2]) Übrigens schränkt Eck seine zuerst auch für das römische Recht aufgestellte Folgerung selbst am Schlusse seines Buches wieder bedeutend ein, will sie aber wenigstens für das gemeine Recht gelten lassen. Ziebarth[3]) und Keller[4]) betrachten das bloße Einstehen des Verkäufers für das habere licere als in den spezifisch römischen Verhältnissen begründet, für das gemeine Recht aber nicht als maßgebend und geben dem Käufer unmittelbar aus dem Vertrage ein Recht gegen den Verkäufer auf Verschaffung des Eigentums. Rabel[5]) hat uns noch um einen Schritt weiter gebracht, indem er mit der Haftung aus dem Kaufvertrage die Haftung aus den typischen rechtsgeschäftlichen Dare-Obligationen aus der Stipulation des dare und dem Damnationslegat vergleicht, und dabei feststellt, daß für die Verpflichtung zum dare eine Fortentwicklung vom bloßen Eviktionsprinzip zur Eigentumsverschaffungspflicht stattgefunden hat,[6]) und Rabel kommt auf Grund dieser Ver-

---

[1]) Pand. II § 99 Anm. 31.

[2]) Windscheid a. a. O. § 381 S. 609ff.; Rabel a. a. O. S. 130.

[3]) a. a. O. S. 194.

[4]) a. a. O. S. 619.

[5]) a. a. O. S. 125 ff.

[6]) Rabel a. a. O. S. 126, 127.

gleichung zu dem Schlusse, daß nicht Ecks Theorie, sondern die dare-Pflicht für das gemeine Recht die Fortbildung des Kaufrechts hätte bilden müssen.[1])

3. Die Haftung des Verkäufers einer res furtiva im besonderen.

Diese eigenartige, unserem Empfinden nach unentwickelte Gestaltung des römischen Kaufrechts findet ihre Erklärung und Begründung teils in allgemeinen Verhältnissen des römischen Rechts, die Rabel[2]) treffend zusammenstellt,[3]) besonders aber in den sachenrechtlichen Verhältnissen des römischen Rechts. Im römischen Recht galt die unbeschränkte Vindikationsbefugnis. Ubi rem meam invenio, ibi vindico. Der durchweg streng derivative Charakter des Eigentumserwerbs durch Übereignungsgeschäft, die Tatsache, daß man nur vom Eigentümer durch Übereignung Eigentum erwerben konnte, führte zu einer großen Unsicherheit der Eigentumsverhältnisse.[4]) Dem Verkäufer allein die Konsequenzen dieser Unsicherheit aufzuladen, und ihn zur Verschaffung freien Eigentums zu verpflichten, was in den meisten Fällen unmöglich war, erschien unbillig. Als Ausgleich gab man dem Käufer, der die Eigentumsverschaffung nicht verlangen konnte, die Möglichkeit, die Sache ersitzen zu können. Die Voraussetzungen

[1]) Rabel a. a. O. S. 130; Kohler a. a. O. S. 257.

[2]) a. a. O. S. 107.

[3]) Rabel macht im Anschluß an Eck mit Recht darauf aufmerksam, daß auch der Mangel einer einheitlichen Eigentumsform wesentlich dazu beigetragen hat, das Eviktionsprinzip so dauernd zu erhalten. Keller (Pand. S. 619) bemerkt, da der Kauf vorzugsweise als negotium des iuris gentium ausgebildet war, so durfte er nicht mit solchen Pflichten verbunden werden, die ein peregrinus nicht zu erfüllen vermochte.

[4]) Eck a. a. O. S. 21; Endemann a. a. O. § 160 Anm. 11.

für die Ersitzung wurden besonders leicht und einfach gestaltet,[1]) indem einmal eine kurze Ersitzungsfrist eingeführt wurde und ferner die Ersitzung nicht dadurch ausgeschlossen wurde, daß der Verkäufer nachträglich Kenntnis von dem mangelnden Rechte erlangte. (Mala fides superveniens non nocet.) Solange nun die Voraussetzungen der Ersitzung gegeben waren und von Dritten nicht störend in dieselben eingegriffen wurde, war das Interesse der Käufer hinreichend gewahrt. Was also der Käufer aus dem Kaufvertrage hatte, war außer dem Haben der Sache das Einstehen des Verkäufers für das habere licere, oder die „Garantie", und die Möglichkeit der Ersitzung. Damit konnte in der Regel der Zweck des Kaufes, der Eigentumserwerb an der Sache, erreicht werden. Bechmann[2]) charakterisiert das Verhältnis von Garantie und Ersitzung so: „Die Garantie ist ein Komplement der Ersitzung". Sie kann begrifflich nur so lange von Bedeutung sein, als die Ersitzung noch nicht vollendet ist. Ist die Ersitzung eingetreten, so fällt die Garantie fort. Die Folge war, daß der Käufer sich in einer sehr ungünstigen Rechtsstellung befand, wenn für ihn der Rechtsbehelf der Ersitzung wegfiel. Dies war nun bei gewissen Sachen der Fall, vor allem auch bei den res furtivae.

Die Bestimmungen, in denen das Verbot der Ersitzung der res furtivae ausgesprochen ist, sind in den zwölf Tafeln und in der lex Atinia enthalten. §§ 2, 3 Inst. de usuc. 2, 6: Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia.

---

[1]) vgl. Keller a. a. O. S. 619 und Kohler a. a. O. S. 241.

[2]) a. a. O. S. 684.

Nach Gellius nocet. att. 17, 7 soll die lex Atinia so gelautet haben: Quod surreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Die wörtliche Überlieferung der zwölf Tafeln findet sich nirgends: sie mögen denselben Wortlaut gehabt haben, wie die lex Atinia. Das Verbot der zwölf Tafeln bezieht sich übrigens nicht nur auf den fur, sondern auch auf den bonae fidei possessor. Dies geht hervor aus Gaius, Inst. II § 49: Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem duodecim tabularum prohibitam esse non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet, usucapere possit, — nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet, — sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapienti ius habeat.[1])

Nicht uninteressant ist es, daß sich darüber Streit erhoben hat, welche Bedeutung das Wort auctoritas in dem von Gellius angeführten Wortlaute der zwölf Tafeln hat, wie denn auctoritas überhaupt eines von den Worten ist, deren sichere Bedeutung nicht allgemein festgestellt ist, sondern sich nur aus dem Zusammenhange und dem Sinne der betreffenden Quellenstelle ergibt. Man hat unter auctoritas auch in jener Stelle die Verpflichtung des Verkäufers zur Haftung für Eviction verstehen wollen, eine Bedeutung, die in anderen Stellen (cf. actio auctoritatis) als die richtige anzusehen ist.[2]) Einen Sinn würde bei dieser Annahme die lex Atinia immerhin geben, aber keineswegs einen befriedigenden. Man würde dann vielmehr sagen können, die lex Atinia hätte als Gesetz schärfer und klarer das ausdrücken müssen, was sie wollte. Mit Recht

[1]) vgl. darüber Unterholzners ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre aus den gem. in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1882 Bd. 1 S. 197 ff.

[2]) vgl. Huschke, Recht des nexum, 1846 S. 101 Nr. 269.

wird man mit Puchta[1]) und Unterholzner[2]) annehmen können, daß mit auctoritas „der rechtliche Schutz gemeint ist, genauer gesagt: die trotz Zeitablaufs ungehinderte potestas vindicandi.“[3])

Das an sich dem Käufer schon ungünstige römische Kaufrecht bringt nach dem Ausgeführten den Käufer einer res furtiva vollends in eine unsichere Rechtsstellung. Die für den Verkauf fremder Sachen dargelegten allgemeinen Rechtsgrundsätze werden durch jene Tatsache, daß die res furtivae unrechtmäßig erlangte Sachen sind, einigermaßen modifiziert. Zunächst müssen wir daran festhalten, daß, wenn beide Vertragsparteien keine Kenntnis davon haben, daß die Kaufsache eine gestohlene ist, die allgemeinen Grundsätze ausnahmslos Anwendung finden. Dies wird bestritten von Bechmann. Wie oben schon dargelegt, bildet die Möglichkeit, die Kaufsache in kurzer Frist und unter leichten Bedingungen ersitzen zu können, für den Käufer eine notwendige Ergängung in seiner unsicheren Rechtsstellung. Wir haben den Satz Bechmanns akzeptiert: Die Garantie ist ein Komplement der Ersitzung.[4]) Daraus geht hervor, daß sich die Rechtslage des Käufers sofort verändert, wenn für ihn die Möglichkeit wegfällt, die Sache ersitzen zu können. Dann bleibt ihm aus seinem Kaufvertrage lediglich die Garantie; die Aussicht, dauernden ungestörten Besitz zu behalten und Eigentum zu erlangen, wird damit für den Käufer verschwindend klein. Res furtivae konnten nun nicht ersessen werden. Solange die

[1]) Ziv. Abhldg. Berlin 1823 S. 1—71; kleine Schriften, Leipz. 1851 II S. 24—71.

[2]) a. a O. I § 7.

[3]) Hallensleben a. a. O. S. 9.

[4]) Bechmann S. 684.

Pflicht zur Gewährleistung wegen rechtlicher Mängel der Kaufsache nicht unmittelbar dem Kaufvertrage entsprang, sondern durch besondere Stipulation begründet werden mußte,[1]) konnte allein deshalb, weil die gekaufte Sache eine res furtiva war, ein Anspruch nicht erhoben werden. Denn die stipulatio pro evictione gab ja nur Entschädigungsansprüche für den Fall der Entwehrung, und davon gab es wegen der strikten Natur der Stipulation keine Ausnahmen. Weil die Stipulation ein negotium stricti iuris war, so konnte nur das Gegenstand eines Anspruches sein, was in der Stipulation vereinbart worden war. Das habere licere wurde aber nicht schon dadurch beeinträchtigt, daß die gekaufte Sache eine res furtiva war. Als jedoch die Garantiehaftung als aus dem Kaufvertrage unmittelbar entspringend angesehen wurde, wurde auch der dieser Haftung entsprechende Gewährleistungsanspruch der Natur des Konsensualkontraktes als negotium bonae fidei unterworfen. Die bona fides war nun die Norm, nach der der Kaufvertrag in allen und jeglichen Beziehungen zu beurteilen war.

Daran knüpft Bechmann an, wenn er für den Verkauf einer res furtiva entgegen unserer Ansicht die folgende Besonderheit aufstellt: Wenn eine res furtiva verkauft sei, so falle damit für den Käufer eine der wichtigsten Voraussetzungen, den Zweck des Kaufes erreichen zu können, fort. Und zugleich sei eine der wichtigsten Grundlagen, auf denen das römische Recht die Rechtsstellung des Käufers mit der ihm eigenartigen Beschränkung aufbaut, nicht mehr vorhanden. Mit der bloßen Garantie könne dem Käufer auch in Rom nicht gedient sein, und so sei es begreiflich, wenn die Furtivität

[1]) vgl. oben S. 11.

der Sache sofortige Entschädigungsansprüche zur Folge habe. Man könne sagen, der Verkäufer hafte gerade dafür, daß die Sache keine res furtiva sei.[1])

Einen Beleg aus den Quellen gibt Bechmann zu diesen Darlegungen nicht an. Ein solcher findet sich auch nirgends, und es kann deshalb bezweifelt werden, ob die Römer in der Anwendung der bona fides wirklich so weit gegangen sind, wie Bechmann behauptet. Er stützt sich allein darauf, daß dem Käufer die Möglichkeit der Ersitzung fehlt. Fehlt aber nicht auch dem Käufer dann schon die Möglichkeit der Ersitzung, wenn er nur vor der Übergabe der Sache erfährt, daß diese überhaupt eine fremde ist (mala fides nocet), fehlt ihm nicht ferner für das gemeine Recht auch dann diese Möglichkeit, wenn er es später erfährt? (mala fides superveniens nocet). Und hat das römische Recht in diesen Fällen, in denen die Voraussetzungen, auf die sich Bechmann stützt, genau dieselben sind, seine Grundsätze über die Haftung des Verkäufers durchbrochen und dem Käufer schon vor Tradition und Eviktion Entschädigungsansprüche gegeben? Sicher nicht. Daß man im späteren gemeinen Recht diese reine Eviktionshaftung beim Kauf von res furtivae nicht mehr so starr durchgeführt hat, steht dem nicht entgegen. Anderseits geht wieder Rabel zu weit,[2]) wenn er sagt: „Daß beim beiderseits gutgläubigen Kauf von res furtivae selbst die engherzige Praxis der früheren Neuzeit vom Eviktionserfordernis absah, mag ein Fingerzeig dafür sein, daß auch kein römischer Jurist anderer Meinung gewesen sein dürfte."

Weiß nur der Verkäufer, daß er eine gestohlene Sache

[1]) Bechmann S. 685.

[2]) a. a. O. S. 106/7.

verkauft, so steigert sich seine Haftung und es kommen strengere Grundsätze zur Anwendung. Nicht allein, daß er in diesem Falle sich eines Vergehens gegen den Eigentümer, eines neuen furtum schuldig macht — er handelt auch dolos gegenüber dem Käufer. Da der Kaufvertrag nach römischer Auffassung als negotium bonae fidei den Grundsätzen von Treu und Glauben unterworfen war, so war der Käufer in besonderem Maße verpflichtet, über die den Käufer interessierenden rechtlichen Verhältnisse der Kaufsache Auskunft zu geben. So kommt es, daß das römische Recht den Verkäufer schon dann als dolos behandelt, wenn er auch nur gewußt hat, daß die Sache eine fremde war, und dies dem Käufer verschwiegen hat. Si alienam sciens vendidit, dolo non caret, et ideo emti iudicio tenebitur. (l. 11 § 15, 19,1.)[1])

Die l. 30 § 1 D. 19,1 faßt die Regeln, nach denen ein solcher Verkäufer behandelt wird, folgendermaßen zusammen: Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit, in id, quanti mea intersit meam esse factam. Durch diese lex wird die Haftung des Verkäufers nach zwei Richtungen hin bedeutsam erweitert: Er kann einmal auch ohne erfolgte Eviktion vom Käufer in Anspruch genommen werden; er haftet ferner auf das Interesse, das der Käufer daran hatte, Eigentümer der Sache geworden zu sein, während sonst der Verkäufer auf das Interesse haftet, rem non evictam esse. Das Rechtsmittel, mit dem diese Ansprüche geltend gemacht werden, ist die actio emti, die hier also den Charakter einer actio doli hat. Gegen etwaige Ansprüche eines solchen Verkäufers konnte sich der Käufer mit der exceptio doli schützen.

---

[1]) Bernhöft S. 165 u. S. 111.

4. Exceptiones.

Das römische Recht gewährte dem Käufer den Ansprüchen des Verkäufers gegenüber, der die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hatte, noch andere exceptiones. Nach der l. 19, 1 D. 18, 6 hat der Käufer das Recht, den Kaufpreis zu verweigern, wenn Zweifel entstehen, ob der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache war und die Gefahr besteht, daß die Sache evinziert wird. Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogitur. Auf Grund dieser Stelle hat man dem Käufer die exceptio evictionis imminentis gegeben,[1]) „um die Härten des romanistischen Garantiesystems abzuschleifen." (Rabel).

Der Kaufvertrag gehört zu den contractus bilaterales aequales, den synallagmatischen Verträgen. Die beiderseitigen Leistungen stehen zueinander in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis.[2]) Diese Auffassung hat jedoch in Rom nicht von Anfang an bestanden, sondern ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung. Nach der Lehre des älteren Rechtes besteht der Kauf aus zwei Obligationen durchaus selbständiger Natur. Der Verkäufer drang mit seinem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises durch, selbst wenn von seiner Seite noch nichts geleistet war, es sei denn, daß ihm der Käufer die oben erwähnte exceptio doli entgegensetzte. Die Tatsache allein, daß er seine Leistung nicht erhalten, gab dem Käufer in der ersten Zeit kein Recht, mit der ihm obliegenden Leistung zurückzuhalten. Der Prätor gab aber dem Käufer eine exceptio gegen den Verkäufer, der seine

---

[1]) Eck a. a. O. S. 43; Dernburg, Pand. II 267 § 97; Rabel a. a. O. S. 82.

[2]) Dernburg, Pand. II § 20.

Forderung einklagte zu einer Zeit, wo er vertragswidrig seine Leistung nicht bewirkt hatte. Diese Einrede nannte man exceptio doli generalis, im Gegensatz zu der oben erwähnten exceptio doli specialis. Aus jener Einrede wurde die exceptio non adimpleti contractus des gemeinen Rechts.[1])

5. Unmöglichkeit der Erfüllung.

Der Verkäufer braucht nach römischem Recht dem Käufer kein Eigentum zu verschaffen; er muß die Sache übergeben. Es liegt also auf seiner Seite eine Leistungsunmöglichkeit erst dann vor, wenn er nicht einmal zur Übergabe der Sache imstande ist. Dies kann darin seinen Grund haben, daß die Sache untergegangen ist, sei es durch Zufall, sei es durch Handlungen des Verkäufers selbst. Uns interessiert aber nur die Frage, wie die Befugnisse des Käufers sich gestalten, wenn der Verkäufer deshalb nicht tradieren kann, weil er nicht Eigentümer des Kaufobjekts ist. Die Unmöglichkeit hat dann ihren Grund darin, daß der Verkäufer nicht in demjenigen rechtlichen Verhältnisse zur Kaufsache steht, welches Voraussetzung ist für die Erreichung des Zweckes des Kaufvertrags. Sie entspringt also nicht so sehr der Natur des Objekts des Kaufvertrags, der zu leistenden Sache, sondern den rechtlichen Beziehungen des Verkäufers zur Sache. Die Sache an sich ist zur Eigentumsübertragung sehr wohl fähig, aber dies kann nicht geschehen durch den Verkäufer, wohl aber durch einen anderen, nämlich den Eigentümer. Es ist dies ein Fall der subjektiven Leistungsunmöglichkeit, die zu unterscheiden ist von der für jedermann vorhandenen objektiven Unmöglichkeit, welche z. B. dann vorliegt, wenn die Sache

[1]) vgl. darüber André a. a. O. S. 27.

untergegangen ist. Die Römer bezeichneten die objektive Unmöglichkeit als impedimentum naturale, die subjektive als mangelnde facultas dandi. Venuleius kennzeichnet die subjektive Unmöglichkeit folgendermaßen: Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. (l. 137 § 4 D. 45, 1) und ferner § 5 eod: efficere non possit, cum alio possibile sit. Während der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist,[1]) kann die Gültigkeit eines Kaufvertrags über eine gestohlene Sache, deren Übergabe dem Verkäufer infolge des Rechtsmangels unmöglich ist, nicht in Frage gestellt werden. Der Schuldner muß dafür einstehen, daß er wenigstens, was ihn angeht, zur Leistung imstande ist.[2]) Ob der Schuldner beim Abschluß des Vertrags die Unmöglichkeit kannte oder nicht, macht dabei keinen Unterschied. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus ait. Daß insbesondere der Verkauf einer fremden Sache gültig ist, selbst dann, wenn die Übergabe der Sache infolge des Rechtsmangels unmöglich ist, ergibt sich auch daraus, daß im römischen Recht die Haftung wegen Eviktion bestand und diese notwendig die Gültigkeit des Vertrags voraussetzte. Vor allem aber ist dem Verkäufer durch die besondere Behandlung des Kaufs die Verpflichtung auferlegt, alle Mängel im Rechte zu vertreten, mit denen die Sache beim Kaufabschluß behaftet war. Eine auf einem solchen Mangel beruhende Unmöglichkeit, die Sache zu übergeben, wird dem Verkäufer nicht angerechnet; er muß den Käufer

---

[1]) Impossibilium nulla obligatio est (l. 60 D. 21, 2).

[2]) vgl. dazu Mommsen a. a. O. S. 13 und 17; Hartmann a. a. O. S. 201; Brinz a. a. O. § 245; Windscheid a. a. O. § 315.

schadlos halten und ihm das Interesse an der Leistung ersetzen. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, nec incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit (l. 137 § 4 D. 45,1).

II. Abschnitt.

Bürgerliches Recht.

1. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über gestohlene Sachen.

Wie im römischen Recht, so finden auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die gestohlenen Sachen eine besondere Behandlung, welche dadurch gerechtfertigt ist, daß den gestohlenen Sachen der Makel des Delikts anhaftet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht ausdrücklich von den gestohlenen Sachen in den Bestimmungen über den Erwerb des Eigentums, und zwar da, wo es die deutschrechtlichen Grundsätze über die Verfolgung des Eigentums an beweglichen Sachen aufnimmt und wo es dem deutschrechtlichen Satze gesetzliche Geltung verschafft[1]: „Hand muß Hand wahren; wo einer seinen Glauben gelassen hat, da muß er ihn wieder suchen". Die größere Sicherheit, die durch diese Regelung für den Verkehr erzielt wird, geht allerdings auf Kosten des Eigentümers, der die Sache freiwillig aus dem Besitz gegeben hat. Es entspricht aber auch dem Prinzip „Hand wahre Hand", dem guten Glauben den Schutz zu versagen, wenn die Sache dem Eigentümer ohne dessen Willen

[1]) BGB. §§ 932, 935.

entzogen, insbesondere gestohlen ist. Dem ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt und hat bestimmt, daß gestohlene Sachen in der Hand des Erwerbers nicht geschützt werden. Hier muß das öffentlichrechtliche Interesse, das gebietet, den gutgläubigen Erwerber vom Nichteigentümer zu schützen, gegenüber dem Interesse des Eigentümers gestohlener Sachen zurücktreten. Eine Ausnahmestellung nehmen nur noch Geld, Inhaberpapiere und Sachen ein, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Ziehen wir in Betracht, daß das Geld überhaupt unter den beweglichen Sachen eine besondere Behandlung findet, daß ferner Inhaberpapiere ihren eigentlichen Zweck vermöge ihrer leichten Begebbarkeit erfüllen sollen, und daß endlich bei öffentlichen Versteigerungen der Veräußerung der Sachen gewissermaßen ein amtlicher Charakter aufgedrückt wird und mit einer öffentlichen Versteigerung in der Regel ein endgültiger, dauernder Zustand geschaffen werden soll, so ist die Ausnahmestellung jener drei Arten beweglicher Sachen erklärt.

2. Ist ein Kaufvertrag über gestohlene Sachen gültig?

Außer dem § 935 enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine einschlägigen Sonderbestimmungen über die gestohlenen Sachen, vor allem auch nicht in seinen Vorschriften über den Kauf. Ob ein Vertrag, insbesondere ein Kaufvertrag über eine gestohlene Sache gültig ist, oder nicht, darüber bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch nichts. Es sind bei der Entscheidung dieser Frage demnach die allgemeinen für Verträge gültigen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches zugrunde zu legen. Zunächst ist zweifellos, daß ein Kaufver-

trag über eine fremde Sache gültig ist.[1]) Wenn nun das Bürgerliche Gesetzbuch dem guten Glauben bei der Übertragung einer gestohlenen Sache vorzugsweise aus privaten Rücksichten die rechtliche Wirkung verweigert, so kann eine trotzdem vollzogene Tradition die Wirkung der Eigentumsübertragung nicht haben. Damit wird aber keineswegs die Gültigkeit einer obligatorischen Vereinbarung, die objektiv auf den Verkauf einer gestohlenen Sache gerichtet ist, ausgeschlossen. Mit anderen Worten, damit hat das Bürgerliche Gesetzbuch kein Veräußerungsverbot bezüglich gestohlener Sachen aufgestellt. Deshalb fällt der Verkauf gestohlener Sachen nicht schlechthin unter § 134 BGB. Er fällt erst dann darunter, wenn er sich als Verstoß gegen ein eigentliches Verbotgesetz darstellt, z. B. § 259 StGB. Selbst wenn beide Parteien bewußt über eine gestohlene Sache kontrahieren, so ist damit noch nicht ohne weiteres eine dolose Absicht anzunehmen und der Tatbestand des § 259 StGB. als gegeben zu erachten; auch dann kann nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Vertrag vollgültig sein. Von der Hehlerei abgesehen, ist ferner der Verkauf einer gestohlenen Sache an sich kein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt. Das hat auch den Römern, wie dargelegt,[2]) ferngelegen. Wenn auch der § 138 BGB. allerdings nicht notwendig unlautere Motive voraussetzt, vielmehr auch ein objektiv gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist, so entspricht es doch nicht dem Sinne des Gesetzbuches und der Auffassung des Verkehrs, schlechthin den

[1]) vgl. dagegen Code civil art. 1599, der freilich durch art. 2279 für Fahrnis sehr wesentlich modifiziert wird. Näheres Zachariä-Crome, Franz. Zivilr. II S. 464 ff. (la vente de la chose d'autrui est nulle).

[2]) S. 3.

Kaufvertrag über eine gestohlene Sache als gegen die guten Sitten verstoßend zu behandeln. Wenigstens unterstützend geht dies auch hervor aus § 935 Abs. 2 BGB., wo der gutgläubige Erwerber von Inhaberpapieren auch dann geschützt wird, wenn diese gestohlen sind. Der dingliche Vertrag, der die Übereignung der gestohlenen Inhaberpapiere zum Gegenstande hat, wird hier also als vollgültig und nicht als ein Rechtsgeschäft angesehen, das gegen die guten Sitten verstößt.

Es fragt sich aber weiter, ob nicht doch noch nachträglich eine Nichtigkeit des Kaufvertrages eintreten kann und zwar durch Anfechtung seitens einer der Parteien.[1]) Ein solches Recht zur Anfechtung ist zunächst den Parteien gegeben, wenn sie sich beim Abschluß des Kaufvertrags in einem rechtlich erheblichen Irrtum befunden haben (§§ 119 ff. BGB.). Es ist behauptet worden, daß der Irrtum über das fehlende Eigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als ein rechtlich erheblicher anzusehen sei. Mit dieser Frage beschäftigen sich zwei Artikel in der Deutschen Juristenzeitung. Burchardt[2]) erklärt hier zunächst, der Irrtum des Verkäufers über das Eigentum an der von ihm verkauften Sache könne nicht als ein Irrtum, der den Hauptgegenstand des Vertrags betreffe, mithin als Irrtum über den Inhalt der Erklärung aufgefaßt werden. Denn Gegenstand des Vertrags sei es nicht, das einer bestimmten Person zustehende Eigen-

---

[1]) Bei den Römern begründete ein rechtlich erheblicher Irrtum ohne weiteres die Nichtigkeit des Vertrages. Daraus, daß die Römer den Vertrag über eine gestohlene Sache für gültig erklären, wenn nicht beide Kontrahenten die Sachlage kannten (S. 3), geht hervor, daß sie an das Vorhandensein eines erheblichen Irrtums nicht gedacht haben.

[2]) Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 487 f.

tum dem Käufer zuzuwenden, sondern überhaupt das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Ferner hält Burchardt das Eigentum zwar für eine Eigenschaft der Sache, aber für eine verkehrsunerhebliche. Aus diesen Gründen könne ein Anfechtungsrecht nicht gegeben werden. Seeler[1]) dagegen will dem Verkäufer unter Umständen ein Anfechtungsrecht gewähren. Allerdings verpflichte sich der Verkäufer nach § 433 BGB. schlechthin, das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Jedoch müsse man dem Verkäufer gestatten, einen anderen Willen zu beweisen, z. B. daß er nichts anderes gemeint habe, als das Eigentum an der ihm gehörigen Sache dem Käufer zu verschaffen. Wenn er dann irrtümlich angenommen habe, Eigentümer zu sein, so könne er wegen Irrtums anfechten. Beide Artikel gehen aber in ihren Ausführungen m. E. von falschen Voraussetzungen aus. Durch die besondere Regelung des Kaufrechts ist die Anwendung der Vorschriften über den Irrtum in der Weise, wie Burchardt und Seeler es tun, ausgeschlossen. Dem Verkäufer ist durch die besonderen Vorschriften über den Kauf ein unbedingtes Einstehen für Mängel im Recht auferlegt. Dies folgt aus § 433 BGB. für den Mangel des Eigentums und aus § 434 BGB. für andere dingliche Rechte. Würde man dem Verkäufer das Recht geben, sich auf die Nichtkenntnis von Mängeln im Rechte zu berufen, und den Kaufvertrag anzufechten, so könnte er sich regelmäßig der ausdrücklich vom Gesetzbuch statuierten stärkeren Haftung leicht entziehen, und die besonderen Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers würden einfach illusorisch gemacht.

---

[1]) Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 16 f.

Die[1]) Untersuchung der Frage, ob der Käufer ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über das Eigentum hat, ist praktisch bedeutungslos. Denn der Käufer würde mit der Anfechtung sich selbst seiner Rechte aus § 433 BGB. berauben und dem Verkäufer noch obendrein das negative Vertragsinteresse ersetzen müssen.[2])

Kann ferner der Käufer anfechten, wenn der Verkäufer den Mangel im Recht wissentlich verschwiegen hat? Nach § 123 BGB. kann eine Willenserklärung anfechten, wer durch arglistige Täuschung zur Abgabe derselben bestimmt worden ist. Der Begriff „arglistige Täuschung" setzt nicht, wie der Betrug des Strafgesetzbuches Bereicherungsabsicht und Vermögensbeschädigung voraus. Ferner ist nicht erforderlich, daß der Täuschende durch ein positives Handeln die Täuschung hervorgerufen hat. Auch in dem Verschweigen einer Tatsache kann unter Umständen eine arglistige Täuschung erblickt werden. Eine solche muß als vorliegend erachtet werden, wenn der Verkäufer gewußt und verschwiegen hat, daß er eine gestohlene Sache verkaufte. Darin liegt zweifellos ein Handeln gegen Treu und Glauben; dahinter wird fast stets eine betrügerische Absicht stecken. Auch der Kausalzusammenhang zwischen diesem Verschweigen und der Erklärung des Käufers ist gegeben; er würde den Kauf bei Kenntnis der Sachlage nicht abgeschlossen haben. Demnach kann der Käufer den Kaufvertrag in diesem Falle anfechten. Tut er es, so ist der Kaufvertrag als von Anfang an als nichtig an-

---

[1]) vgl. Hartmann a. a. O. S. 201: „Den Verkäufer trifft trotz seiner bona fides und trotz des entschuldbarsten Irrtums unbedingt die Gewährleistungspflicht".

[2]) § 122 BGB.

zusehen.[1]) Seine Ansprüche aus dem Kontrakte entfallen damit; er kann aber, falls ihm durch die Handlungsweise des Verkäufers ein Schaden erwachsen ist, den Verkäufer beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen außerkontraktlich in Anspruch nehmen (§§ 823 und 826 BGB.).

3. Bedeutung des Verschaffungsprinzips.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat für das Kaufrecht das Verschaffungsprinzip aufgenommen und damit eine lange Entwickelung, deren Spuren wir im römischen Recht schon kennen gelernt haben, zum Abschluß gebracht. Schon der Entwurf I[2]) hatte eine unmittelbare Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung statuiert, aber allerdings, falls die Sache übergeben war, das Entwehrungsprinzip beibehalten. Nach § 433 BGB. ist der Käufer verpflichtet, dem Käufer die gekaufte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Dies ist das reine Verschaffungsprinzip. Der Käufer kann sogleich nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung Klage auf Übertragung des Eigentums erheben. Dies bedeutet im einzelnen folgendes: Der Käufer kann nicht nur körperliche Übergabe verlangen, sondern auch fordern, daß der Verkäufer jene Rechtshandlungen vornimmt und jene Willenserklärungen abgibt, die nach den Grundsätzen des Sachenrechts den Eigentumsübergang herbeiführen, d. h. bei beweglichen Sachen die Übergabe oder deren Surrogate, das constitutum possessorium, die brevi manu traditio,

---

[1]) § 142 BGB.

[2]) Entw. I §§ 374, 377.

die Abtretung des Herausgabeanspruchs, bei unbeweglichen Sachen die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Der Verkäufer haftet ferner dafür, daß das Eigentum in der Tat auf den Käufer übergeht, denn die Pflicht des Verkäufers, Gewähr zu leisten, ist in der dem Verkäufer obliegenden Pflicht zur Eigentumsverschaffung enthalten. Der gute Glaube, der bei einem redlichen Erwerber den Eigentumsübergang denn auch wirklich eintreten läßt, und ihn vor Ansprüchen Dritter schützt, versagt aber beim Verkauf gestohlener Sachen. Ohne Einwilligung des Eigentümers der gestohlenen Kaufsache kann er das Eigentum nicht erlangen (§ 185 BGB.), hat vielmehr in jedem Augenblick die Ansprüche des Eigentümers zu gewärtigen. Eine Ersitzung ist nicht ausgeschlossen, tritt aber erst in einer verhältnismäßig langen Frist ein (§ 937 BGB.) und auch nur dann, wenn der Käufer im gutem Glauben ist und bleibt. Deshalb ist es für den Käufer, der erfährt, daß die von ihm gekaufte Sache eine gestohlene ist, falls ihm trotzdem von dem Verkäufer die Leistung angeboten wird, von großer Bedeutung, daß ihm von diesem mit unbedingter Sicherheit nachgewiesen wird, daß er mit voller rechtlicher Wirkung das Eigentum auf den Käufer übertragen kann. Insbesondere braucht sich der Käufer nicht damit zu begnügen, daß der Verkäufer lediglich die zum Eigentumserwerb erforderlichen äußeren Handlungen vornimmt. Er kann nach § 444 BGB. Auskunft über die die Kaufsache betreffenden rechtlichen Verhältnisse verlangen, er ist berechtigt, sich die Einwilligung des Eigentümers, den zwischen Verkäufer und Eigentümer eventuell geschlossenen Kaufvertrag vorlegen zu lassen (§ 185 BGB.). Er kann überhaupt alles fordern, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erheischen (§ 242 BGB.).

4. Die Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises.

Hat der Verkäufer seine ihm nach § 433 BGB. obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so sind dem Käufer Rechtsbehelfe gegeben, wenn der Verkäufer trotzdem seine Kaufpreisforderung geltend macht, und zwar hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer in dieser Beziehung in weit größerer Mannigfaltigkeit Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt als das römische Recht. Gehört der Kauf an sich schon zu den gegenseitigen Verträgen, so bestimmt die Anwendung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge noch ausdrücklich der § 440 Abs. 1BGB. Darnach kann der Käufer seine Leistung bis zur vollständigen Bewirkung der Gegenleistung verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB.). Die Leistung des Käufers besteht in der Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, und die gekaufte Sache abzunehmen (§ 433 BGB.). Er kann beides verweigern, selbst dann, wenn der Verkäufer nur mit einer seiner Verpflichtung, der Übergabe bezw. Rechtsverschaffung, säumig ist.[1]) Behauptet der Käufer, daß die Sache gestohlen und demnach der Verkäufer ihm das Eigentum nicht übertragen habe oder könne, so entsteht die Frage, wer zu beweisen hat, falls der Verkäufer diese Behauptung bestreitet. Grundsätzlich hat nach den Bestimmungen über gegenseitige Verträge der Kläger zu beweisen, daß er erfüllt hat. Gelingt ihm dieser

[1]) Hier die Frage aufzuwerfen, ob die Übergabe ohne Rechtsverschaffung eine teilweise Leistung darstellt und unter Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. der Käufer also eventuell teilweise bezahlen muß, ist m. E. verfehlt; es entspricht der Natur der Sache, daß Übergabe und Rechtsverschaffung zusammengehören und ein einheitliches Ganze bilden. vgl. Cosack, Lehrb. d. bürg. R. I § 125 IV und Planck a. a. O. Anm. zu § 440, 2 u. 4.

Beweis, so wird der Beklagte ohne weiteres zur Leistung verurteilt, gelingt er ihm nicht, so erfolgt nur eine Verurteilung Zug um Zug. Die Beweislast dreht sich jedoch um, wenn der Beklagte die Leistung schon als Erfüllung angenommen hat, und er dann die Erfüllung nicht als vertragsmäßige gelten lassen will (§ 363 BGB.). Eine erhebliche Abweichung von diesen Grundsätzen ist im § 442 BGB. für den Kauf statuiert.[1]) Darnach trifft den Käufer die Beweislast, wenn er, sei es klageweise, sei es im Wege der exceptio non adimpleti contractus einen Mangel im Rechte auf seiten des Verkäufers behauptet. Ob diese Umkehrung der Beweislast jedoch nur dann gelten soll, wenn die Sache schon übergeben ist, oder auch schon vor der Übergabe, ist aus dem Wortlaut des § 442 nicht zu entnehmen. Endemann[2]) erklärt die Umkehrung der Beweislast damit, daß der Verkäufer mit der Übergabe der Kaufsache wenigstens äußerlich seinen Verpflichtungen nachgekommen ist: Mit der Übertragung des Besitzes sei der Käufer als Eigentümer legitimiert[3]) und der Vertrag könne äußerlich als erfüllt gelten. Wenn der Käufer nun trotzdem einen Mangel im Recht auf seiten des Verkäufers behaupte, der vom Verkäufer bestritten werde, so müsse er selbst den Gegenbeweis bringen, daß die Sachlage der Wirklichkeit nicht entspreche. Endemann scheint darnach dem Käufer nur nach erfolgter Übergabe die Beweislast aufbürden zu wollen. Dafür bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. In der Absicht des Gesetzgebers lag es gerade, mit dem § 442 eine Ausnahme von dem § 322 BGB. zu statuieren.

[1]) Crome a. a. O. § 219. 4; Endemann a. a. O. § 160 a, 5 b; Matthiaß a. a. O. S. 494; Mot. II, 222.

[2]) a. a. O. § 160 a, b; Anm. 67.

[3]) § 1006 BGB.

Die Motive[1]) sagen dazu, daß der Käufer auch dann, wenn er seine Gegenleistung zurückhalte und der dingliche Vertrag noch nicht vollzogen sei, einen Mangel im Recht zu beweisen habe.[2]) Darnach ergibt sich folgendes:

1. Hat der Käufer die Leistung abgenommen und als Erfüllung angenommen, so fällt ihm die Beweislast für Mängel im Rechte schon nach § 363 BGB. zu.

2. Ist die Sache schon übergeben, aber noch nicht abgenommen bezw. als Erfüllung angenommen, so wäre nach § 322 BGB. der Verkäufer für das Nichtvorhandensein eines vom Käufer behaupteten Rechtsmangels beweispflichtig. Diese Beweislast ladet aber der § 442 dem Käufer auf.

3. Ist die Sache noch nicht übergeben, so hat nach § 442 der Käufer etwaige von ihm behauptete und vom Verkäufer bestrittene Mängel im Rechte zu beweisen. Gelingt es ihm, diesen Beweis zu führen, so wird er verurteilt zur Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Bewirkung der Übergabe und Eigentumsverschaffung seitens des Verkäufers. Gelingt ihm der Beweis nicht, so wird er unbedingt zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt, wenn der Verkäufer die Sache übergibt, und behauptet, das Eigentum lastenfrei übertragen zu können.

5. Die Klage auf Erfüllung.

In der Klage auf Erfüllung sind alle jene S. 39 ff. aufgeführten Momente einbegriffen. Der Käufer klagt einfach auf Übereignung. Wann der Käufer nach dem Bürgerlichen Ge-

---

[1]) Mot. II S. 223.

[2]) Auch Fischer-Henle, BGB. § 442 Anm. 2 halten es für gleichgültig, ob der Käufer den Gegenstand bereits erhalten hatte oder nicht.

setzbuch die Klage auf Erfüllung anstellen kann, bestimmt sich nach dem Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung. Ist ein Zeitpunkt für die Bewirkung der Leistung bestimmt, so kann er vor dem Eintritt desselben unmittelbar seine Rechte nicht geltend machen durch Klage auf künftige Leistung, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 259 ZPO. vorliegen; er muß den Eintritt der Fälligkeit abwarten. Wohl kann der Verkäufer im Zweifel schon vorher seine Leistung bewirken und der Käufer ist dann zur Abnahme verpflichtet, sofern nur die Leistung sich als vertragsmäßig darstellt, insbesondere also der Verkäufer unzweifelhaft dartut, daß er zur Eigentumsverschaffung imstande ist. Ist eine Leistungszeit nicht bestimmt, so kann der Käufer sofort Klage auf Erfüllung erheben.

Der Umstand, daß Gegenstand des Kaufvertrags eine gestohlene Sache ist, begründet keineswegs in jedem Falle eine Unmöglichkeit für den Verkäufer, seine Leistung bewirken zu können. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Verkäufer die Kaufsache vom Eigentümer erwerben kann. Ist der Dritte bereit, das Eigentum an der Sache aufzugeben, so ist der Verkäufer verpflichtet, das seiner Leistung entgegenstehende Hindernis dadurch zu beseitigen, daß er die zum Eigentumserwerb erforderlichen Handlungen vornimmt oder die erforderliche Einwilligung des Eigentümers beschafft[1]) (§ 185 BGB.). Die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Kaufkontrakt umfaßt in diesem Falle sonach zweierlei: Einmal den Erwerb der Sache vom Eigentümer und dann die Übertragung des Eigentums auf den Käufer. Darauf kann

[1]) vgl. Schöller in Gruchots Beitr. 45, 533; Hartmann a. a. O. S. 195ff.

der Käufer seine Klage richten z. B. wenn er erst nach der Übergabe erfährt, daß die Kaufsache gestohlen ist. Die Klage in dieser letzteren Form ist für einen Käufer, dem daran liegt, das Eigentum an der Sache zu erlangen, von besonderer Bedeutung, allerdings immer unter der zweifelhaften und ungewissen Voraussetzung, daß der wirkliche Eigentümer bereit ist, sein Eigentum aufzugeben. Es ist klar, daß die Vollstreckung eines Urteils, das auf Übereignung lautet, unter Umständen große Schwierigkeit bieten, häufig aber ganz unmöglich sein wird. Die Verschaffung des Eigentums an einer Sache, die für den Verkäufer eine fremde ist und zu der er verpflichtet ist, stellt sich aber als eine Handlung dar, deren Vornahme durch einen Dritten — den Eigentümer — erfolgen kann. Nach § 887 ZPO. kann in diesem Falle die Vollstreckung des Urteils in der Weise vorgenommen werden, daß sich der Käufer auf Antrag von dem Prozeßgericht ermächtigen läßt, auf Kosten des Verkäufers diese Handlung durch den Eigentümer vornehmen zu lassen.[1])

6. Verzug.

Hängt es demnach lediglich vom Willen des Verkäufers ab, ob von seiner Seite das Schuldverhältnis erfüllt wird oder nicht, und kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung, die Sache vom Eigentümer zu erwerben, schuldhafterweise zur Zeit der Fälligkeit der Forderung nicht nach, so kann der Käufer ihn in Verzug setzen. Zu diesem Zwecke kann er den Verkäufer mahnen oder die Leistungsklage anstellen (oder ihm, falls die Voraussetzungen des § 688 ZPO. vorliegen, einen

[1]) Schöller in Gruchots Beitr. 45, 533.

Zahlungsbefehl im Mahnverfahren zustellen lassen).[1]) Ist die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet.[2]) Damit die Mahnung rechtlich von Bedeutung sei, ist nicht erforderlich, daß der Käufer die ihm obliegende Gegenleistung anbieten muß.[3])

Ist so der Verkäufer in Verzug gesetzt, so kann ihm nach § 326 BGB. der Käufer eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung bestimmen, mit der Erklärung, daß er die Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Diese Rechte stehen dem Käufer auch ohne Fristbestimmung zu, wenn die nachträgliche Erfüllung des Kaufvertrags für ihn kein Interesse mehr hat. Die sonstigen allgemeinen Folgen des Verzugs bestimmen sich nach den §§ 287—292 BGB. Erfüllt der Verkäufer zu spät, so kann der Käufer auch wegen der Verzögerung Schadensersatz verlangen. Zugrunde zu legen ist bei der Berechnung desselben der Zeitpunkt, wo die Leistung kraft des Vertrages gefordert werden konnte und bewirkt werden mußte, und der Zeitpunkt, wo die Leistung tatsächlich bewirkt worden ist. Ist der Preis der Sache zur Zeit der Leistung ein geringerer als zu der Zeit, wo grundsätzlich zu leisten war, so besteht der dem Käufer zustehende Ersatzanspruch in der Differenz dieser beiden Preise.[4])

---

[1]) § 284 Abs. 1 BGB.

[2]) § 284, 2 BGB.

[3]) Planck § 284 Anm. 4 d; Dernburg, Bürgerl. Recht II § 71.

[4]) vgl. Jacobi a. a. O. S. 30/31.

7. Unmöglichkeit.

Wir haben bei den Ausführungen über den Verzug den Fall zugrunde gelegt, daß der Eigentümer zur Aufgabe seines Eigentums an der Sache bereit ist, der Schuldner aber mit der Vornahme der zum Eigentumserwerb erforderlichen Handlungen säumig ist. Regelmäßig wird es der Fall sein, daß der Eigentümer auf die ihm gestohlene Sache nicht verzichten will. Da nun der Verkäufer über die gestohlene Sache nur in der Weise mit rechtlicher Wirkung verfügen kann, daß er die Einwilligung des Eigentümers sich verschafft, so ist ihm seine Leistung unmöglich. Kann der Verkäufer die Sache zwar übergeben, aber nicht das Eigentum übertragen, so liegt totale und nicht nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor. Von teilweiser Unmöglichkeit kann man nur reden, wenn die Leistung selbst teilbar ist. Übergabe und Eigentumsverschaffung sind aber zu einer einheitlichen Verpflichtung verschmolzen, sie bilden den „einheitlichen Leistungsinhalt der Obligation".[1])

Eine eingehende Darstellung der Fälle und Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung für das römische und gemeine Recht hat Mommsen gegeben. Die von ihm entwickelten Grundsätze haben wir S. 30 schon berührt. Sie sind von entscheidendem Einfluß auf die Gestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf diesem Gebiete geworden. Die Bestimmungen des römischen und gemeinen Rechts stimmen daher in ihren Grundprinzipien im wesentlichen mit denen des bürgerlichen Rechts überein.

Zunächst ist daran festzuhalten, daß für die Beurteilung

[1]) Endemann a. a. O. § 160 S. 962; Titze a. a. O. S. 45, 47; anders Planck § 440, 4.

der Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, und ob dieselbe rechtlich in Betracht kommt, die Zeit maßgebend ist, die zwischen dem Eintritt der Fälligkeit und dem Zeitpunkte liegt, bis zu welchem die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtung gelten kann.[1]) Wie nach römischem Recht, so handelt es sich auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch um einen Fall der subjektiven Unmöglichkeit. Die Möglichkeit der Leistung ist lediglich abhängig von dem Willen des Eigentümers. Das Wollen oder Nichtwollen desselben ist für die Frage, ob Unvermögen vorliegt, von ausschlaggebender Bedeutung. Daß dieser Wille aber ein sehr ungewisser Anhaltspunkt für die Beurteilung einer solchen Frage ist, liegt auf der Hand. Streng genommen ist eine endgültige, strikte Entscheidung überhaupt unmöglich. Der Eigentümer, der heute dieses Willens war, kann morgen seinen Willen ändern. Selbst wenn er erklärt hat, die Sache nicht herausgeben zu wollen, war dann nicht immer noch die Möglichkeit vorhanden, daß „der widerstrebende Wille kraft stärkeren Andringens und höherer Angebote noch umgestimmt werde“?[2]) So ist es begreiflich, wenn Hartmann überhaupt keine Unmöglichkeit, sondern nur eine Schwierigkeit der Erfüllung annimmt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet ferner zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen. Um festzustellen, welche Art des Unvermögens in unserem Falle gegeben ist, muß man wieder die Zeit im Auge behalten, die zwischen dem Eintritt der Fälligkeit und dem Zeitpunkte liegt, bis zu dem der Käufer die mögliche Leistung noch an-

---

[1]) vgl. Titze a. a. O. S. 57.

[2]) Hartmann a. a. O. S. 199.

nehmen muß, und zurückblicken, ob das Unvermögen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat oder erst später eingetreten ist. Ist der Eigentümer zu dieser Zeit, die überhaupt für die Frage, ob Unvermögen vorliegt, entscheidend ist, nicht gewillt, das Eigentum an der ihm gestohlenen Sache aufzugeben, so steht m. E. nichts im Wege, anzunehmen, daß er von Anfang an nicht dazu bereit gewesen ist. Das ist zumal dann der Fall, wenn ihm die Sache gestohlen ist, und wird unzweifelhaft durch die praktische Erfahrung und die Übung des Verkehrs bestätigt. Das bedeutet für das heutige bürgerliche Recht, daß ein Fall der ursprünglichen subjektiven Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Nachdem die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch ziemlich erschöpfend geregelt ist, können wir davon absehen, auf eine nähere Erörterung der zahlreichen einschlägigen gemeinrechtlichen Literatur,[1]) auf der sich die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches aufbauen, insbesondere auf eine Prüfung der Gründe einzugehen, die für, der Bedenken, die gegen jene Unterscheidungen zwischen objektiver und subjektiver, ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit vorgebracht sind. Da diese Arten der Unmöglichkeit in das Bürgerliche Gesetzbuch Aufnahme gefunden haben, so sind die betreffenden Streitfragen damit im wesentlichen erledigt.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt es an Bestimmungen für die Behandlung eines Vertrages, der auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichtet ist. Es ist demnach aus den allgemeinen Grundsätzen, die das Bürgerliche

---

[1]) Insbesondere Mommsen, Hartmann, Brinz a. a. O. § 245 und 246; Windscheid a. a. O. § 315.

Gesetzbuch beherrschen, zu entscheiden, wie ein solcher Vertrag zu beurteilen ist. Stammler[1]) will den § 306 BGB., der die Nichtigkeit eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages ausspricht, auch dann zur Anwendung bringen, wenn die Unmöglichkeit nur eine subjektive ist. Diese Ansicht steht jedoch völlig vereinzelt da und wird, wie auch Titze[2]) mit Recht meint, wohl auf einem Versehen beruhen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die subjektive von der objektiven Unmöglichkeit scharf getrennt und die beiden Begriffe nicht schlechthin gleich behandeln wollen, wo es nicht ausdrücklich deren Gleichstellung ausspricht, wie im § 275 Abs. 2. Ferner liegt auch deshalb kein Grund vor, einen auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig zu erklären,[3]) weil es für den Bestand der Obligation durchaus nicht wesentlich ist, daß der Schuldner selbst und mit eigenen Mitteln die Leistung bewirkt; wenn er nicht ausdrücklich in Person zu leisten verpflichtet ist, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken (§ 267 BGB.).

Sind sich die Schriftsteller über die Frage, ob eine gültige Obligation entstanden ist, fast ausnahmslos einig, so herrscht um so mehr Streit in der Literatur darüber, was als Gegenstand dieser Obligation zu gelten hat. Es stehen sich drei Ansichten gegenüber: Nach der einen ist alleiniger Gegenstand des Schuldverhältnisses die ursprüngliche nach dem Vertrage gewollte Leistung. Der Vertrag auf diese Leistung ist voll-

---

[1]) a. a. O. S. 128.

[2]) a. a. O. S. 247.

[3]) vgl. Kleineidam a. a. O. S. 46 ff.; Schollmeyer, Komm. § 306, 1; Cosack a. a. O. Bd. 1 § 100 S. 353.

gültig, und deshalb muß der Gläubiger das Recht haben, die vertragsmäßig bedungene Leistung fordern zu dürfen. Da das Gesetz sich einer ausdrücklichen einschlägigen Regelung der vorliegenden Frage enthält, so ist es nicht angängig, ohne weiteres an die Stelle des vertragsmäßig geschuldeten Gegenstandes einen anderen zu setzen, nämlich den Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dies hätte gesetzlich bestimmt werden müssen. Darnach kann der Gläubiger seinen Anspruch aus dem Vertrage nur in der Weise durchsetzen, daß er denselben gemäß § 283 BGB. einklagt, nach Erlangung eines rechtskräftigen Urteils dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzt bezw. sich diese Frist nach § 255 ZPO. durch den Richter im Urteile bestimmen läßt und nach deren fruchtlosem Ablaufe Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Kommt der Schuldner der Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, nicht nach, so muß nach dem geltenden Recht der Gläubiger zur Durchsetzung dieses Anspruches einen zweiten Prozeß anstrengen. So Kleineidam,[1]) Planck[2]) und Cosack.[3])

Eine Vereinfachung dieses Weges, der dadurch, daß zwei Klagen angestellt werden müssen, sehr umständlich wird, durch Klagenverbindung zu erreichen, ist unzulässig, da nach § 283 BGB. unzweifelhaft eine rechtskräftige Verurteilung notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist.[4])

---

[1]) Unmögl. und Unverm. S. 47/48 und derselbe in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 127 ff.

[2]) a. a. O. § 275 und § 283.

[3]) Cosack II § 100; Kleineidam und Plank werden allerdings von Biermann (vgl. S. 140) anders verstanden.

[4]) Schollmeyer, Komm. a. a. O. § 283 Anm. 4.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß die Durchsetzung des fraglichen Anspruches nach § 283 lediglich eine „zweckwidrige Prozedur“ sei und daß der Gläubiger beim Vorliegen ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit sogleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern könne; die Klage auf Erfüllung könne er nicht mehr anstellen, denn Unmögliches könne nicht geleistet, nicht geschuldet werden, Verurteilung zu Unmöglichem, Zwangsvollstreckung wegen unmöglicher Leistungen seien undenkbar. So Dernburg.[1]) Er behandelt also den Vertrag als rechtswirksam, läßt dagegen im Gegensatz zu der oben erwähnten Ansicht an die Stelle des ursprünglichen Leistungsinhaltes von vornherein das positive Erfüllungsinteresse treten.

Eine dritte Ansicht endlich will dem Gläubiger zwar sogleich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geben, ihm aber die Klage auf Leistung des vertragsmäßig geschuldeten Gegenstandes nicht entziehen. Da der Vertrag gültig sei, so könne der Gläubiger nicht gehindert werden, auf die Leistung zu klagen. Worauf der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sich gründet, wird verschieden beantwortet. Endemann[2]) nimmt ein stillschweigendes Garantieversprechen des Schuldners beim Vertragsabschlusse dafür an, daß er wenigstens persönlich zur Leistung imstande sei und im Falle seines Unvermögens Schadensersatz leisten werde. Crome[3]) schließt daraus, daß nach § 286 Abs. 2 BGB. eine Leistung, deren Bewirkung für den Gläubiger kein Interesse hat, nicht mehr verlangt zu werden

---

[1]) BGB. II §§ 60 II und 61.

[2]) Bürgerl. R. a. a. O. § 124 Anm. 17 S. 695.

[3]) a. a. O. II S. 160 § 166.

braucht, sondern der Gläubiger sofort das Interesse verlangen kann, daß dies um so mehr gelten müsse, wenn feststehe, daß die Leistung unmöglich sei. Biermann[1]) steht auf demselben Standpunkt, läßt aber für den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse lediglich das Interesse des Gläubigers maßgebend sein.

Die Lösung dieser Fragen gewinnen wir aus den besonderen Bestimmungen über den Kauf. Das Bürgerliche Gesetzbuch legt dem Verkäufer die unbedingte Verpflichtung auf, dafür einzustehen, daß Mängel im Rechte zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhanden sind. Nach § 440 Abs. 1 BGB. finden, wenn der Verkäufer die ihm auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, die Vorschriften der §§ 325 –327 Anwendung. Diese sprechen allerdings nur von nachträglich eintretender Unmöglichkeit, der das nachträglich eintretende Unvermögen nach § 275 Abs. 2 gleichsteht; sie lassen den Schuldner nur dann haften, wenn er die das Unvermögen herbeiführenden Umstände zu vertreten hat. Beim Kaufvertrage aber kann man für die Frage, ob der Schuldner die die Unmöglichkeit begründenden Umstände zu vertreten hat, einen Unterschied zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen dann nicht machen, wenn dieses auf einem Rechtsmangel beruht und dieser schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesen ist. Denn in diesem Falle hat der Verkäufer den Rechtsmangel schlechthin, also auch dann zu vertreten, wenn er von demselben keine Kenntnis hatte. In diesem Sinne ist die Pflicht zur Eigentumsverschaffung durch § 433 aufgestellt, und in diesem Sinne sollen die

---

[1]) Arch. für ziv. Prax. 91 S. 94.

§§ 325—327 Anwendung finden.[1]) Der Kausalzusammenhang zwischen dem beim Vertragsabschluß vorhandenen Rechtsmangel und der Unmöglichkeit muß aber gegeben sein. Man vergleiche folgenden Fall: A hat an B eine Uhr, ein wertvolles altes Kunstwerk verkauft, die aber gestohlen ist, ohne daß eine der Parteien hiervon Kenntnis hatte. Nach Abschluß des Kaufvertrags und vor der Übergabe geht die Uhr bei einem Brande unter. Die Eigentumsverschaffung ist unmöglich, aber nicht weil die Uhr eine fremde war, sondern weil sie untergegangen ist. Der Käufer hat also keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diesen würde er haben, wenn der Nichteintritt der Rechtsverschaffung unmittelbar und allein eine Folge der Furtivität der Uhr gewesen wäre.

Steht also fest, daß Unvermögen zur Verschaffung des Eigentums auf seiten des Verkäufers deshalb vorliegt, weil ihm das Eigentum mangelt, und kann der Käufer im Bestreitungsfalle dies beweisen, so kann der Käufer sogleich ohne Umweg auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen.

Es fragt sich demnach nur, ob der Käufer daneben seine Klage auf Verschaffung des Eigentums behält, ob er auch den Weg des § 283 BGB. beschreiten kann. In dieser Frage kann man m. E. Dernburg nicht folgen, der nur die Klage auf das Interesse für zulässig hält. Wir haben festgestellt, daß der Vertrag, auch wenn die Leistung von vornherein

---

[1]) vgl. Schöller bei Gruchot 46 S. 4,3; Mot. II, 216/220; Titze a. a. O. S. 265/66. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß der Verkäufer jede auf einem Rechtsmangel beruhende Unmöglichkeit zu vertreten hat. Vgl. die hierüber entstandene Meinungsverschiedenheit zwischen Planck Nr. 3 u. 4 zu § 440 und Staudinger § 440 I, 1 einerseits und Schollmeyer a. a. O. R. d. einz. Sch. S. 19, V A andererseits.

subjektiv unmöglich ist, dennoch zu Recht besteht. Aus den Ausführungen Dernburgs ergibt sich allerdings nicht unmittelbar, daß auch er diesen Vertrag für gültig hält. Wenn aber Dernburg dem Gläubiger den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt, setzt er dann nicht ipso iure das Bestehen eines gültigen Vertrags voraus? Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist doch das positive Vertragsinteresse und unterscheidet sich vom negativen Interesse eben dadurch, daß dieses erst dann gefordert werden kann, wenn ein rechtsgültiger Vertrag nicht mehr vorhanden ist. Wenn Dernburg also hier die Gültigkeit des Vertrags annimmt, wie verträgt sich das dann mit seiner Ansicht, daß Unmögliches — und dazu rechnet er, wie unzweifelhaft aus seinen Worten hervorgeht, auch das Unvermögen — nicht geleistet, nicht geschuldet werden könne? Müßte er nicht den Vertrag für nichtig erklären?

Hat der Käufer ferner das Recht, vom Vertrage zurückzutreten? Haben wir uns dafür entschieden, daß der Käufer neben dem sofortigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Klage auf Erfüllung behält, so kann er den Weg des § 283 BGB. einschlagen. Hat er geklagt und ein rechtskräftiges Urteil erlangt, in diesem eine Frist zur Bewirkung der Leistung dem Verkäufer setzen lassen, oder eine solche selbst gesetzt, so ist er nach deren fruchtlosem Ablauf berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten.[1])

Die allgemeinen Grundsätze, die nach den Vorschriften über den Kauf dem Verkäufer die Pflicht auferlegen, für anfängliche Mängel im Rechte und dadurch hervorgerufenes Unvermögen zur Eigentumsverschaffung einzustehen, sind

---

[1]) § 283 und § 325 Abs. 2 BGB.

ferner auch hier maßgebend. Es ist eine Forderung der Billigkeit, den Verkäufer, der anfängliches Unvermögen zu vertreten hat, in gleicher Weise haften zu lassen, wie wenn er nachträgliches Unvermögen zu vertreten hätte.

Darnach hat der Käufer folgende Rechte:

Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten unter den geschilderten Voraussetzungen. Daneben behält er sein Recht auf Klage auf Erfüllung. Wir haben dabei unseren Darlegungen das Feststehen der Tatsachen zugrunde gelegt, daß der Eigentümer zum Verzicht auf sein Eigentum bereit bezw. nicht bereit, die Leistung also möglich bezw. nicht möglich sei. Ist diese Feststellung dem Käufer nicht möglich oder mit Schwierigkeiten verbunden, und will der Käufer sich einen etwaigen Beweis ersparen, so schlägt er den schon mehrfach erwähnten Weg des § 283 ein. Im Resultate erreicht er damit dasselbe, wie wenn die Leistung feststehend unmöglich wäre. Daher wird der dem § 283 BGB. zugrunde liegende Sachverhalt auch als „fiktive Unmöglichkeit" bezeichnet.

Einen eigenartigen Weg schlägt Schöller[1]) vor: „Der Käufer, der den Beweis, daß die Verschaffung freien Eigentums unmöglich ist, nicht erbringen kann, noch will, kann den Verkäufer mahnen und ihm nach § 326 eine Frist setzen zur Beseitigung des fremden Eigentums. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Verkäufer nicht mehr einwenden, daß die Beseitigung möglich und deshalb die Schadensersatzklage unzulässig sei, denn der Ablauf der Frist schneidet diesen Einwand ab. Er kann aber ebensowenig behaupten, daß die Beseitigung unmöglich, er deshalb nicht in Verzug ge-

[1]) Gruchots Beiträge 46 S. 7.

wesen und die Fristsetzung des § 326 unzulässig sei. Denn aus der eigenen Behauptung des Verkäufers folgt dann das Recht des Käufers, ohne Fristsetzung Schadensersatz zu beanspruchen".

8. Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung und Rücktritt.

Steht dem Käufer so beim Vorliegen der geschilderten Voraussetzungen ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er, falls er nach § 283 vorgegangen ist, nach Ablauf der Frist sofort Entschädigung in Geld verlangen; er braucht eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr anzunehmen, kann eine solche aber auch nicht mehr beanspruchen.[1]) Anders dagegen, wenn der Käufer von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, beim Unvermögen des Verkäufers sofort Schadensersatz zu beanspruchen. Wer Schadensersatz verlangen kann, kann zunächst nur Naturalrestitution fordern, d. h. die Herstellung des Zustandes, der vorhanden sein würde, wenn ein Unvermögen zur Leistung nicht vorgelegen hätte.[2]) Dies bedeutet für unseren Fall nichts anderes, als Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des Verkäufers. Würde man auch hier dem Käufer einen sofortigen Anspruch auf Ersatz in Geld geben, so wäre es damit für den Verkäufer ausgeschlossen, noch nachträglich seine Leistung bewirken zu können. Diese Möglichkeit mag eine sehr fernliegende sein, ist aber, da sie lediglich vom Willen des Eigentümers abhängt, nicht ganz undenkbar. Der Käufer muß demnach zunächst nach § 283 BGB. dem Verkäufer eine Frist

[1]) § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[2]) §§ 249 ff. BGB.

bestimmen mit der Erklärung, daß er die nachträgliche Erfüllung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Erst wenn diese Frist fruchtlos verlaufen ist, hat er einen Anspruch auf Ersatz in Geld.[1])

Die Streitfrage, ob der Käufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, zur Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet bleibt, ob der Schadensersatz ein Surrogat der unterbliebenen Leistung des Verkäufers sei, oder ob der Schadensersatzanspruch den nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag als solchen beiseite schiebe und als Ersatz des ganzen Kaufvertrages an seine Stelle trete,[2]) bedarf keiner näheren Erörterung. Denn da der Verkäufer den Ersatz in Geld leisten muß, die Leistung des Käufers aber auch in Geld besteht, so wird der Käufer seine Schuld gegen die Ersatzschuld des Verkäufers aufrechnen.

Was die Ausübung des dem Käufer etwa zustehenden Rücktrittsrechts anbetrifft, so enthält das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 346 ff. nähere Bestimmungen darüber, wie dessen Geltendmachung zu erfolgen hat und welche Rechtsfolgen durch die Ausübung desselben eintreten. Diese Bestimmungen regeln zunächst nur das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, finden aber kraft § 327 auf das gesetzliche Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung. Hervorzuheben ist, daß mit dem erklärten Rücktritt nicht ohne weiteres der frühere Rechtszustand wieder eintritt; der Rücktritt wirkt nicht dinglich, wie die auflösende Bedingung, sondern nur obligatorisch unter den Parteien. Mit dem erfolgten Rücktritt

---

[1]) Ebenso Planck a. a. O. § 283 S. 87 f.; Schollmeyer, R. d. Schuldv. V A. S. 20 ff. Anders Schöller bei Gruchot Bd. 45 S. 607.

[2]) Jacobi a. a. O. S. 45/48.

entsteht für beide Parteien die Pflicht, alles, was sie zwecks Erfüllung des Vertrages empfangen haben, zurückzugewähren.

9. Stellvertretendes Kommodum.

Zum Schluß sei noch erörtert, ob der Käufer berechtigt ist, das sogen. stellvertretende Kommodum, zu fordern, d. h. einen Ersatz, den der Verkäufer infolge des Umstandes erlangt, der die Unmöglichkeit der Leistung begründet.[1]) Denkbar ist dieser Fall dann, wenn der Verkäufer seinerseits die gestohlene Sache von einem Dritten erworben hat und nach Entdeckung des Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangt hat. Daß zwischen diesem Ersatz und dem fehlenden Eigentum der nach § 281 geforderte Kausalzusammenhang gegeben ist, kann ohne Bedenken angenommen werden. Die Frage, ob hier das stellvertretende Kommodum verlangt werden kann, ist aber bestritten. Cosack[2]) bejaht sie unbeschränkt von seinem Standpunkte aus, daß das ursprüngliche Unvermögen überhaupt dem nachträglichen gleichzuachten sei. Allein die Stellung des § 281 im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann keinen Zweifel darüber lassen, daß nur das nachträgliche Unvermögen gemeint ist.[3])

---

[1]) § 281 BGB.

[2]) a. a. O. S. 354; § 100 II, 5.

[3]) Die betr. Frage wird auch von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller verneint: Schollmeyer a. a. O. § 281, 2 a; Oertmann a. a. O. § 281, 3; Rehbein a. a. O. S. 117 u. a.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.